



UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

FACULTAD DE DERECHO

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ESTUDIOS INTERNACIONALES

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

El arbitraje de inversiones. Especial referencia al CETA

Manuel Ángel Urrutia Ferrín

Tutor: Miguel Enrique Arenas Meza

SANTIAGO DE COMPOSTELA

2018

RESUMEN

En este trabajo abordaremos el análisis jurídico del arbitraje de inversiones como medio para solución de las controversias relativas a inversiones extranjeras, y de manera específica la regulación de este en el CETA. Para ello, se estudiará el marco normativo, la doctrina, la jurisprudencia (fundamentalmente la comunitaria), así como diferente documentación de las instituciones comunitarias.

PALABRAS CLAVE

Derecho internacional de inversiones, arbitraje de inversiones, Acuerdo económico Comercial y Global (AECG por sus siglas españolas), inversión extranjera directa, arbitraje de diferencias inversor-Estado, Tribunal permanente de inversiones, Tribunal multilateral de inversiones

ABSTRACT

In this work will be addressed the legal analisis of investment arbitration as a way of settling disputes relating to foreign investment, and in a specific way the regulation of this in the CETA. To this end, we will study the normative framework, the doctrine, the jurisprudence (mainly the community), as well as different documentation of the Community institutions.

KEY WORDS

International investment law, investment arbitration, foreign direct investment, Comprehensive Economic Trade Agreement, investor-State disputes settlement, investment court system, multilateral investment court.

LISTA DE ABREVIATURAS

AECG: Acuerdo Económico Comercial y Global.

AII: Acuerdos Internacionales de Inversión.

ALC: Acuerdo de Libre Comercio.

ALC UE-Singapur: Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Singapur.

APPRI: Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones.

BIT: Bilateral International Treaty.

CETA: Comprehensive Economic Trade Agreement.

CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

DII: Derecho Internacional de Inversiones.

FTA: Free Trade Agreement.

ICS: Investment Court System.

IED: Inversión Extranjera Directa.

ISDS: Investor-State Dispute Settlement.

MIC: Multilateral Investment Court.

NOEI: Nuevo Orden Económico Internacional.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

PCC: Política Comercial Común.

PVD: Países en vía de desarrollo.

TTIP: Transatlantic Trade and Investment Partnership.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

UE: Unión Europea.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	7
<u>2. DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES</u>	<u>8</u>
2.1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES	8
2.2. ARBITRAJE DE INVERSIONES	13
2.2.1 Concepto y origen.....	13
2.2.2 Evolución hasta la actualidad	15
2.2.3 Deficiencias en la configuración actual	20
<u>3. EL ARBITRAJE DE INVERSIONES EN LA UNIÓN EUROPEA.</u>	
<u>ESPECIAL REFERENCIA AL CETA.....</u>	<u>26</u>
3.1. POLÍTICA COMERCIAL COMÚN. INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTA.....	26
3.2. ACUERDO ECONÓMICO Y COMERCIAL GLOBAL (CETA)	31
3.2.1.Proceso de aprobación del CETA	31
3.2.2. Entrada en vigor y aplicación provisional	37
3.2.3. Tribunal permanente en el CETA	42
3.2.3.1. Sustitución de mecanismos de resolución de conflictos inversor- Estado (ISDS)	44
3.2.3.2. Características del Tribunal Permanente de Inversiones	46
3.2.3.2.a. Características sustantivas.....	48
3.2.3.2.b. Características procesales	52
3.3. TRIBUNAL DE APELACIONES	58
3.4 ANÁLISIS DE LA POSIBLE INCOMPATIBILIDAD DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE INVERSIONES CON EL DERECHO COMUNITARIO..	63

<u>3.4.1 Anulación de los arbitrajes de inversiones por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea</u>	<u>65</u>
<u>4. SISTEMA MULTILATERAL DE INVERSIONES</u>	<u>69</u>
5. CONCLUSIONES.....	76
6. BIBLIOGRAFÍA.....	79

1. INTRODUCCIÓN

La inclusión del arbitraje de inversiones en el articulado del Acuerdo Económico Comercial y Global (AECG, o por sus siglas anglosajonas CETA) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea (en adelante UE) y sus Estados miembros por otra, supone un cambio radical frente al modelo de arbitraje de inversiones extranjeras entre inversor-Estado, que se utiliza hasta el momento de manera generalizada, y que ha sido objeto de numerosas críticas desde diferentes ámbitos de la sociedad civil, además de las provenientes de ámbitos estrictamente académicos.

El objeto del presente trabajo radica en aportar los elementos necesarios para un entendimiento transversal del sistema de arbitraje de inversiones extranjeras que regula el Acuerdo Económico Comercial y Global, y de las consecuencias que se derivan de este nuevo modelo.

Sin desvirtuar el propósito principal, resulta ineludible analizar el contexto histórico en el que se origina el Derecho internacional de inversiones, y dentro de este, el arbitraje de inversiones como sistema de arreglo de disputas relativas a inversiones internacionales entre inversor-Estado.

Las características del arbitraje de inversiones en un primer momento mimetizan las del arbitraje comercial, pero en su evolución se advierte una paulatina definición de rasgos propios que le confieren autonomía.

Se analizará el sistema de arreglo de disputas relativas a inversiones extranjeras, mediante el arbitraje de inversiones entre inversor-Estado, y principalmente el que se celebra bajo el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones Internacionales, ya que se trata de la referencia a nivel mundial en cuanto al arreglo de controversias relativas a inversiones internacionales. Este análisis cobra sentido en cuanto que sirve para comparar los cambios efectivos entre este sistema de arbitraje inversor-Estado y el que se propone en el CETA.

Para alcanzar las metas propuestas se aportará una visión genérica del Derecho internacional de inversiones, y dentro de este se estudiará de manera más extensa el origen, concepto y evolución, así como las deficiencias del arbitraje de inversiones.

Ya en el marco específico de la Unión Europea se estudiará la relevancia de los Tratados de Nueva Generación y de la Política Comercial Común. Será objeto de explicación el proceso de negociación y aprobación del CETA, con análisis detallado de las tensiones sociales y políticas resultado de la inclusión del sistema de arbitraje de inversiones en el CETA. Se observará un minucioso examen de los rasgos distintivos del novedoso sistema de arbitrajes de inversiones propuesto en el CETA, un tribunal permanente de inversiones y un tribunal de apelación. Finalmente se hará mención de la aspiración de la Unión y Canadá de establecer un futuro sistema multilateral de inversiones.

Como instrumentos de análisis se usará el propio CETA y otros Acuerdos de Libre Comercio, la legislación (con especial incidencia a la de la Unión Europea), la jurisprudencia (del Tribunal de Justicia de la Unión Europea), la doctrina y la documentación oficial.

2. DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

2.1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

A partir de la segunda mitad del siglo XX el cambio de paradigma en el modelo capitalista se traduce en la imposibilidad de los Estados nacionales de generar la riqueza suficiente para la consecución de los objetivos comunes, y así requieren de la entrada de inversión extranjera directa que se revela, en opinión de FERNÁNDEZ ROZAS¹ más decisiva que el propio comercio, y desempeña un papel crucial en la internacionalización del capital. Una de las características que diferencia el comercio de bienes y servicios frente a las inversiones extranjeras directas es que, estas segundas encuentran su

¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: Prólogo del libro *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras* de IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I.: 2010, Barcelona, ed. Bosch, S.A. p. 13.

regulación en Tratados Bilaterales frente al multilateralismo² que caracteriza la regulación del comercio de bienes y servicios.

KUNDMÜLLER CAMINITI considera que el examen del Derecho internacional de inversiones (en adelante DII) debe incluir un enfoque transversal y multidisciplinar y bajo el prisma de la globalización³. Asimismo, explicita, a su juicio, la mayor vinculación del Derecho Internacional económico con la evolución del DII, debido en parte a la crisis de conceptos westfalianos como la soberanía de los Estados.

La Resolución 2625(XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas⁴ se configura como un hito decisivo en el proceso de descolonización de las colonias europeas en África y Asia y la independencia y constitución de numerosos países en vía de desarrollo (en adelante PVD), y así desde finales de la década de los 50 y durante las de los años 60 y 70 se suceden numerosas reclamaciones de los PVD en torno al derecho de los pueblos a gestionar sus recursos naturales y riqueza como manifestación del derecho a nacionalizar⁵ que alcanzará su punto álgido con la Declaración y el Programa de Acción para el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI)⁶ aprobados por la Asamblea de las Naciones Unidas el 1 de mayo de 1974, en el que se buscaba un aseguramiento de la soberanía estatal, y en contrapartida aumentaba la inseguridad en la inversión internacional.⁷

² *Ibid.* p.18.

³ KUNDMÜLLER CAMINITI, F., RUBIO GUERRERO, R.: “El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones”, *Lima Arbitration*. Nº 1 – 2006, p.70-72. [Consulta: 9 de marzo de 2018, en http://www.limaarbitration.net/LAR1/franz_kundmuller_caminiti_roger_rubio_guerrero.pdf]. Disponible en

⁴ Resolución 2625(XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, que codifica el principio de libre determinación de los pueblos.

⁵ VICENTE BLANCO, D. J.: “Críticas y oposición a la regulación internacional de las inversiones: de los movimientos antiglobalización a las enmiendas críticas europeas en la negociación del TTIP” en FACH GÓMEZ, K. (ed.): *La política de la Unión europea en materia de derecho de las inversiones internacionales = EU policy on international investment Law*, Barcelona, Ed. J.B. Bosch, 2017, pp 320-327.

⁶ Resolución 3281(XXIX) del 12 de diciembre de 1974, Carta de derechos y deberes económicos de los Estados.

⁷ COLLINS, D.: *An Introduction to International Investment Law*. Cambridge University Press, 2017, p. 13.

En esta etapa del Derecho internacional de inversiones acaece un conflicto de legitimidades: por un lado, para los Estados receptores de capital la competencia debía residir en el derecho nacional y, por otro lado, para los Estados exportadores de capital y para las empresas multinacionales era el Derecho internacional quien fijaría los límites a la actuación del estado receptor frente a las empresas extranjeras⁸.

La evolución del Derecho internacional de inversiones se encuentra inextricablemente ligada a objetivos de desarrollo económico y la promoción del Estado de derecho, en esta primera etapa tras el proceso descolonizador, fundamentalmente de países en desarrollo. Así, mediante la fijación de unos estándares internacionales de seguridad jurídica que proporcione previsibilidad a la acciones del Estado receptor de la inversión se culmina un doble propósito: por un lado, los inversores extranjeros encuentran mayores garantías en los Estados de derecho a una posible inversión que coadyuve al desarrollo económico y social y, por otro lado, el propio Derecho internacional de inversiones se configura como un elemento vigorizante y fortalecedor del Estado de derecho⁹.

La clave de bóveda sobre la que pivotan los Tratados de protección de inversiones radica en un propósito protector del inversor extranjero, ya que en porcentaje elevado los países que suscriben estos acuerdos internacionales presentan altos índices de desigualdad económica y de inestabilidad política, lo que se traduce en la ausencia de la seguridad jurídica necesaria para estimular la inversión extranjera directa¹⁰.

El Derecho internacional de inversiones no alcanza relevancia destacable hasta la última parte del siglo XX, con la influencia decisiva de la globalización en la confluencia

⁸ VICENTE BLANCO, D. J.: *loc. cit.*

⁹ FARHADI A. *et al.*: “El arbitraje de inversiones en juicio ante el tribunal de Justicia de la Unión europea: perspectivas internacionalistas y europeístas sobre los TBIs intra-UE” en FACH GÓMEZ, K. (ed.): *La política de la Unión europea en materia de derecho de las inversiones internacionales = EU policy on international investment Law*, Barcelona, Ed. J.B. Bosch, 2017, pp. 47-50.

¹⁰ GONZÁLEZ GARCÍA, J.: “Los nuevos tratados comerciales y las administraciones públicas” en FACH GÓMEZ, K. (ed.): *La política de la Unión europea en materia de derecho de las inversiones internacionales = EU policy on international investment Law*, Barcelona, Ed. J.B. Bosch, 2017, pp. 147-148.

de sinergias en la sociedad internacional que se traducen en la intensa interrelación entre mercados y la movilidad de personas y capitales. En esta línea se manifiesta COLLINS¹¹:

“The law of foreign investment is one of the oldest branches of international law. But it remained relatively undeveloped until the latter part of the twentieth century, growing in-step with globalisation, meaning the intense interrelation of markets as well as the mobility of people and capital around the world”.

En el contexto de una economía globalizada se enmarcan tanto la desregulación como la deslocalización como elementos decisivos para explicar cierta pérdida de soberanía de los Estados como resultado de la preminencia de espacios transnacionales¹².

El auge de los Tratados bilaterales de inversiones (en adelante TBI) a partir de la última década del siglo XX se incardina en un contexto favorable a la creación de obligaciones internacionales para el Estado receptor, y de esa manera, dotar al inversor extranjero de mayor protección que la que le otorgue el derecho interno, y más si cabe en TBI que incluyan previsiones ¹³, le conceden un foro más al inversor extranjero ante tribunales internacionales de arbitraje.

El *locus standi* que disfruta el inversor extranjero (ya sea persona natural o jurídica) difiere conceptualmente de la protección diplomática, en la que es el Estado de origen quien decide discrecionalmente si reclama o no, a instancia del nacional que considera afectado alguno de sus derechos. El desarrollo ulterior de la protección de la inversión internacional se tradujo en un abandono paulatino del ejercicio de la protección diplomática por su carácter discrecional y por su ineficacia¹⁴.

Supone una evolución cualitativa y cuantitativamente relevante en la protección que el Derecho internacional otorga al individuo, y únicamente comparable al *locus standi*

¹¹ COLLINS, D.: *op. cit.*, p. 1 y p.15.

¹² IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA.: *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*. Colección Arbitraje comercial y de inversión, ed. Bosch, Barcelona, 2010, p.52.

¹³ *Investor-state dispute settlement*.

¹⁴ VICENTE BLANCO, D. J.: *loc. cit.*

que los Tratados internacionales de derechos humanos atribuyen al individuo ante cortes regionales de derechos humanos¹⁵.

La evolución y el crecimiento exponencial reciente del Derecho internacional de inversiones se ve influenciado de manera indeleble por la premisa de que la seguridad jurídica deviene en una mayor capacidad de atracción de inversión extranjera directa. Así lo señala COLLINS¹⁶:

“The remarkable growth of international investment law as a semiautonomous discipline within international law is largely the consequence of foreign investment’s importance both to the highly mobile firms which engage in it and the growth-focused states which seek to attract. Just as many companies rely on an international presence in order to sustain and enlarge profits, so many countries depend on foreign capital in order to develop and achieve economic prosperity”.

En esta línea argumental, RODRÍGUEZ VICENTE¹⁷ vincula la inversión extranjera directa (en adelante IED) al estudio de variables no económicas como la seguridad jurídica y la estabilidad política por el inversor extranjero a la hora de valorar los riesgos y beneficios *a priori* de un proyecto en un Estado extranjero. Obviamente, si el estado receptor de la inversión goza de estabilidad política y sus instituciones muestran un comportamiento previsible, y de acuerdo con el principio de legalidad, el estímulo para que el inversor extranjero decida emprender un proyecto en ese Estado aumenta exponencialmente.

¹⁵ FARHADI A. *et al.*: *loc. cit.*

¹⁶ COLLINS.: *op. cit.* p.2.

¹⁷ RODRÍGUEZ VICENTE, M.: “¿Es necesario un Tribunal Multilateral de Inversiones?”. [En línea] en *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, N.º 3086 (Del 1 al 30 de abril 2017), 2017, pp. 11-12. [Consulta: 9 de marzo de 2018]. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6049630&orden=0&info=link>>.

2.2. ARBITRAJE DE INVERSIONES

2.2.1. Concepto y origen

El origen del arbitraje de inversiones podemos situarlo a mediados del siglo XX en aras de la protección jurídica del inversor extranjero y a la propia inversión frente a las acciones de los Estados receptores de la inversión. Mediante dicha protección internacional de la inversión, los inversionistas encuentran estímulos para realizar inversiones en los Estados que se obligan por esas reglas, ya que la seguridad jurídica del inversor extranjero encuentra resguardo en el arbitraje de inversiones como mecanismo de resolución de conflictos ante posibles cambios normativos y discrecionalidad, además de la falta de neutralidad e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales internos del Estado receptor de la inversión¹⁸.

Desde esta primera etapa embrionaria hasta la actualidad, la carencia de un instrumento multilateral sobre las inversiones internacionales determina que el Derecho internacional de inversiones se regule en gran medida en Tratados bilaterales de inversiones y en Acuerdos de Libre Comercio (en adelante ALC) que incluyan uno varios capítulos en referencia a las inversiones internacionales¹⁹.

A juicio de LÓPEZ RODRÍGUEZ²⁰ estos Tratados se configuran como mecanismos que posibilitan el examen del cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por los Estados en virtud de los TBI o Tratados multilaterales y el respeto de la legalidad en lo tocante a la inversión en esos Estados.

Los rasgos definitorios del arbitraje de inversiones, a pesar de encontrarse inextricablemente alineado con el arbitraje comercial se manifiestan con sus propias

¹⁸ FERNÁNDEZ MASÍA, E.: “Arbitraje inversor-Estado: De ‘bella durmiente’ a ‘león en la jungla’”. [En línea] en *Revista electrónica de Estudios internacionales (REEI)* N.º 26, 2013. [Consulta: 8 de marzo de 2018]. Disponible en <<http://www.reei.org/>>.

¹⁹ *Ibid.* pp. 3-4.

²⁰ LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. M.: “El Sistema de Tribunales de Inversión. Posibles incompatibilidades con el Derecho europeo”. *Cuadernos Europeos de Deusto*, N.º 57/2017, Bilbao, p. 33. [Consulta 8 de marzo de 2018, en línea]. Disponible en <<http://ced.revistas.deusto.es/article/view/1350/1609>>.

singularidades, así FERNÁNDEZ ROZAS ²¹ lo define como un “arbitraje sin vínculo contractual”, ya que se basa en un Acuerdo Internacional celebrado entre el Estado receptor y el Estado de la nacionalidad del inversor. El contenido predominantemente unilateral conduce a parte de la doctrina a calificarlo como “arbitraje transnacional unilateral”²².

Los TBI (BIT en la terminología anglosajona)²³ y los Tratados de libre comercio multilaterales (que incluyan regulación sobre las inversiones) como se apuntó *supra* conforman el Derecho internacional de inversiones²⁴, y resultan del ejercicio de soberanía de los Estados al manifestar su consentimiento en obligarse por los mismos, y de ese modo el Estado protege la inversión de sus nacionales que no intervienen en esos acuerdos: los inversionistas extranjeros frente a otro Estado que recibe la inversión extranjera directa.

A partir de finales de 1950 se generaliza los TBI²⁵, y el primero de ellos entre Alemania y Pakistán en 1959 que entró en vigor en 1962, y a juicio de COLLINS²⁶ se iniciaba una nueva etapa con estos TBI, que en el caso de Alemania resultaron vitales en la financiación con inversión extranjera de la reconstrucción de Alemania después de la Segunda Guerra Mundial, y constituyeron el inicio de una corriente en otros países europeos en cuanto a la proliferación de TBI:

“(...) What we know understand to be the modern era of BITS began in 1959 when Germany and pakistan adopted a bilateral agreement, entered into force in 1962. This BIT and the many concluded by Germany in the coming decades represented its desire to attract foreign capital to help finance its

²¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.: “Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional” en *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 5, N.º. 1, 2012, p. 70

²² FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: “América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?”. [En línea] en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, N.º. 2009, 2009, p. 20. [Consulta: 7 de marzo de 2018]. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=3471>>.

²³ *Bilateral investment treaty*.

²⁴ IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I.: “Promoción y protección de las inversiones españolas en el extranjero: los APPRI”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, 2002, pp. 151-184.

²⁵ VICENTE BLANCO, D. J.: op. cit. p. 323.

²⁶ COLLINS, D.: op. cit. p. 35.

regeneration following World War II. *Other European Powers followed Germany's lead, engaging in a programme of BITs throughout the remainder of the twentieth century (...)*".

El arbitraje de inversiones se presenta como una tercera vía de la que dispone el inversor extranjero en el caso de que exista alguna controversia en el Estado receptor de la inversión. Así, como se apuntaron *supra*²⁷ las opciones del inversor extranjero antes de la irrupción del arbitraje de inversiones se reducían a: por un lado, una fase interna, donde podía acudir a los Tribunales del país receptor de la inversión en el que se resolverá la disputa suscitada aplicando el derecho interno del país receptor de la inversión, y otra fase en la que podía solicitar al Estado de su nacionalidad protección diplomática²⁸, si bien no resulta baladí advertir que la protección diplomática es un derecho del Estado, que puede ejercitar o no de manera discrecional, con lo que el inversor puede solicitar al Estado de su nacionalidad protección diplomática, pero este por motivos políticos puede elegir no ejercer ninguna medida de presión de carácter diplomático.

Uno de los efectos más destacables del arbitraje de inversiones es la “despresurización política”, en el sentido de un funcionamiento como un contrapeso y garante de la simetría en las relaciones interestatales desiguales en una esfera política y económica.

2.2.2 Evolución hasta la actualidad

La evolución del arbitraje de inversiones no ha resultado homogénea, y ha supuesto un exponente diáfano de numerosas tensiones de carácter interestatal, de

²⁷ Vid. Epígrafe 2.1

²⁸ IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I.: *El arbitraje en los litigios ...*, op. cit., pp. 151-152; FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “Hacia la creación de un Tribunal Internacional de Inversiones”. *Diario La Ley*, 2015, Núm.8650, p. 2.

carácter económico y comercial, y del propio sistema económico. La enumeración de estas disensiones será objeto de análisis *infra*²⁹.

La heterogeneidad en el análisis del concepto de arbitraje de inversiones en los diferentes Estados añade un elemento de complejidad para un entendimiento transversal de este.

La reticencia de los países de América latina hacia el arbitraje en general hunde sus raíces: por un lado, en la doctrina de Calvo³⁰ cuyo principio axiológico consiste en la igualdad de los Estados, con el rechazo a cualquier tipo de derecho especial, si bien no se excluía la posibilidad del arbitraje internacional siempre y cuando no se utilizara la fuerza armada para dilucidar disputas privadas³¹, y por otro en vestigios de la supremacía política y económica de los países desarrollados, y en numerosos laudos arbitrales desfavorables a los países en desarrollo³². Germinó de esa manera un rechazo de los países de América latina al arbitraje comercial internacional³³.

Los países del este de Europa bajo el cobijo ideológico y político de la extinta Unión Soviética, y esta misma se mostraban contrarios al arbitraje, ya que entendían que era un instrumento al servicio del capitalismo³⁴, y ahí se planteaban tensiones ideológicas, políticas más allá de la eficacia o no del arbitraje como mecanismo de resolución de disputas.

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Internacionales (CIADI o por sus siglas anglosajonas ICSID) se establece por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI)³⁵. Se encuadra en el organigrama del Banco Mundial y la

²⁹ Vid. Epígrafe 2.2.3.

³⁰ TAMBURINI, F.: “Historia y destino de la doctrina Calvo. ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?”, *Revista de estudios Histórico-Jurídicos* (Escuela de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso), vol. 24, 2002, pp.81-101.; VICENTE BLANCO, D. J.: *op. cit.* p.321.

³¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: “América Latina y ...”, *op. cit.* pp. 15-16.

³² IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I.: *El arbitraje en los litigios ...*, *op. cit.* p.155

³³ LEBOULANGER, P.: “L’arbitrage international Nord-Sud”, *Études offertes á Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, p. 325.

³⁴ IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I.: *El arbitraje en los litigios...*, *loc. cit.*

³⁵ Convenio CIADI, Reglamento Y Regla. Disponible en <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>.

elaboración del Convenio del CIADI fue obra de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial). El 18 de marzo de 1965, fue sometido a consideración de los Gobiernos de los Estados miembros del Banco Mundial. Finalmente, entró en vigor el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 Estados.

El CIADI adquiere una dimensión universal con la paulatina aceptación de los países que presentaban mayor reticencia al arbitraje, y reflejado de manera nítida con la aceptación del Convenio de Washington³⁶. Los países en desarrollo renuncian a parte de su soberanía en cuanto a la exclusividad jurisdiccional en aras del fomento de las inversiones extranjeras³⁷.

El CIADI se ha convertido en la referencia indiscutible tanto cuantitativa³⁸ como cualitativamente³⁹ en el arreglo de disputas relativas a inversiones internacionales⁴⁰:

“(...) The World Bank established the ICSID in 1965. Emerging from a position of relative obscurity, ICSID is now one of the main systems of arbitration for the resolution of disputes between foreign investors and host states, and represents perhaps the single greatest achievement in the multilateralism of international investment law. Today 150 states are party to the ICSID Convention (...).”

Pese a que no constituye el objetivo nuclear del presente trabajo, conviene analizar, aunque sea de manera somera las características principales del CIADI, ya que: por un lado, ha sido el medio preminente de solución de disputas relativas a inversiones

³⁶ Instrumento de Ratificación del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965, BOE núm. 219, 13 de septiembre de 1994. Disponible en < <https://www.boe.es/boe/dias/1994/09/13/pdfs/A28286-28294.pdf>>.

³⁷ LÉBOULANGER, P.: *loc. cit.*

³⁸ Ha resuelto más de 600 arbitrajes relativos a inversiones internacionales entre Estados receptores e inversionistas extranjeros. Disponible en < <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>>.

³⁹ La adopción casi universal del Convenio del CIADI se traduce en 162 Estados que lo han firmado, y 153 que han depositado Instrumentos de ratificación a 11 de enero de 2018. Disponible en < <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/Lista%20de%20Estados%20Contratantes%20y%20Signatarios%20del%20Convenio-%20Latest.pdf>> ; *cfr.* COLLINS, D.: *op. cit.* p. 51..

⁴⁰ COLLINS, D.: *loc. cit.*

internacionales, y, por otro lado, y este conocimiento aporta las claves para diferenciarlo del nuevo sistema.

El artículo 25.1 del CIADI⁴¹ establece dos cuestiones capitales en el acceso al CIADI: en primer lugar, la voluntariedad de las partes (Estado contratante y el nacional de otro Estado contratante) en someter al CIADI la solución de su disputa y, en segundo término, la imposibilidad de retirar unilateralmente el consentimiento por una de las partes.

La obligatoriedad de los laudos y la imposibilidad de apelación ni de recurso, salvo en lo expresamente recogido en el Convenio del CIADI se recoge en el artículo 53 del CIADI⁴², y se completa de manera lógica en el artículo 54 del CIADI⁴³ con la potestad de ejecución del laudo, con la misma eficacia que si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal en dicho Estado.

El grado máximo de reconocimiento y ejecución de un laudo emitido por el CIADI no alcanza a desvirtuar la legislación vigente en cualquier Estado contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho estado o de otro Estado contratante⁴⁴.

⁴¹ Artículo 25 CIADI “1. La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”.

⁴² Artículo 53 CIADI “1. El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio”.

⁴³ Artículo 54 CIADI “1. Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran”.

⁴⁴ Artículo 55 CIADI “Nada de lo dispuesto en el Artículo 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero”.

La ausencia de un concepto de inversión en el CIADI no es fruto de un descuido en la redacción, sino del propósito de no ceñir el concepto de inversión a unos requisitos determinados, y permitir una interpretación laxa del mismo. Ante la no concreción del concepto de inversión en el Convenio del CIADI, se suele atender al que se explice en los TBI⁴⁵.

El uso del arbitraje de inversiones en los últimos veinticinco años ha sido de tal magnitud que, de un uso excepcional en la resolución de controversias internacionales se ha convertido en elemento clave en la protección de la inversión extranjera⁴⁶.

En cuanto a la actuación de los Estados miembros de la Unión Europea el arbitraje de inversiones se revela como el medio principal para el arreglo de disputas relativas a inversiones, si bien esta visión resulta incompleta sin un análisis de las corrientes críticas, desde parte de la sociedad civil con respecto al arbitraje de inversiones⁴⁷.

Antes de entrar en el análisis concreto de las imperfecciones del sistema de arbitraje de inversiones en la actualidad, resulta relevante un comentario tangencial acerca de la eficacia de los TBI como instrumento adecuado para captar inversión extranjera, y si realmente coadyuvan de manera capital al desarrollo de las economías de mercado en los países receptores de la inversión extranjera⁴⁸.

Se trata en definitiva de alentar un nuevo modelo de protección del inversor extranjero que fomente un correcto desempeño de la Administración pública y de los órganos jurisdiccionales en el país receptor, sin sustraer el *locus standi* del inversor extranjero ante un tribunal internacional⁴⁹, y en la realidad de Sudamérica se propone el

⁴⁵ SANTIESTEVEAN DE NORIEGA, J.: “La noción de inversión: ¿hacia una restricción de la competencia del CIADI?”, *Revista peruana de arbitraje*, N° 5, 2007, pp. 152 y ss.

⁴⁶ FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “Arbitraje inversor-Estado...”, *op. cit.* p.2.

⁴⁷ PASCUAL VIVES, F. J.: “El futuro del arbitraje de inversión en los acuerdos internacionales celebrados por la Unión Europea, *Revista Electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 2017, Núm. 33, p.3. [Consulta: 7 de marzo de 2018, en línea]. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=2177>>

⁴⁸ PERRONE, N.: “Los tratados bilaterales de inversión y el arbitraje internacional: ¿en dirección al mejor funcionamiento de las instituciones domésticas?”. *Revista de Derecho*, UASB-Ecuador, N.º 17, 2012, pp. 65-66. [Consulta 10 de abril de 2018, en línea]. Disponible en <<http://hdl.handle.net/10644/3463>>

⁴⁹ *Ibid.* p. 84.

agotamiento de los recursos internos como una manera de incrementar paulatinamente la capacidad de actuación del estado receptor de la inversión.

2.2.3. Deficiencias en la configuración actual.

El crecimiento exponencial de TBI y Acuerdos de Libre Comercio (ALC) que incluyan el método de solución de controversias inversor-Estado (más adelante ISDS por sus siglas anglosajonas) genera un aumento de las inversiones directas a los países en desarrollo, lo que revierte en mayores índices de bienestar y desarrollo a nivel universal.

FÉRNANDEZ MASIÁ⁵⁰ entiende que, ello no resulta óbice para que en los últimos años surjan voces discordantes y críticas a la par del incremento de litigios en esta materia, y así se manifiestan de manera diáfana en América Latina⁵¹, Esta creciente disconformidad en países de América latina con la inclusión del arbitraje de inversiones como sistema de arreglo de disputas inversor-estado se respalda fácticamente con el resultado en el CIADI de Estados como Venezuela⁵², Ecuador⁵³, Bolivia⁵⁴ y Argentina⁵⁵, y con la denuncia de los tres primeros del Convenio del CIADI⁵⁶.

⁵⁰ FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “Arbitraje inversor-Estado...”, *op.cit.*, pp. 6-15.

⁵¹ PERRONE, N.: “Los tratados bilaterales de inversión ...”, *op. cit.* pp. 73 y 80

⁵² 24 demandas (29 % decididas a favor del Estado) TNI, Transnational Institute [consulta 15 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <https://www.tni.org/files/publication-downloads/isds_en_numeroses2017.pdf>

⁵³ 11 demandas (31 % decididas a favor del Estado) TNI, Transnational Institute [consulta 15 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <https://www.tni.org/files/publication-downloads/isds_en_numeroses2017.pdf>

⁵⁴ 11 demandas (0 % decididas a favor del Estado) TNI, Transnational Institute [consulta 15 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <https://www.tni.org/files/publication-downloads/isds_en_numeroses2017.pdf>

⁵⁵ 42 demandas (12 % decididas a favor del Estado) TNI, Transnational Institute [consulta 15 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <https://www.tni.org/files/publication-downloads/isds_en_numeroses2017.pdf>

⁵⁶ Disponible en <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/Lista%20de%20Estados%20Contratantes%20y%20>

Sin entrar al detalle que excedería la naturaleza y objetivos del presente trabajo, cabe mencionar un estudio de FACH GÓMEZ⁵⁷ que analiza la relevancia del arbitraje de inversiones en América latina en aras de estimular, tanto la creación como el fortalecimiento (de las ya existentes) de instituciones democráticas. Los esfuerzos en la lucha contra la corrupción como la defensa de los bastiones que sostienen un Estado de derecho deben ser los vectores que guíen la futura configuración del arbitraje de inversiones,

Ese espíritu crítico se traslada al ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)⁵⁸, y es una muestra de la dimensión y relevancia que empiezan a conseguir los detractores del arbitraje internacional de inversiones.

Lo que puede resultar llamativo es que países desarrollados empiecen a modificar su posicionamiento tradicional debido a que cada vez son más demandados en tribunales arbitrales por parte de inversores de otros Estados⁵⁹. El ISDS en su concepción inicial se configuraba en aras de ofrecer un foro neutral, rápido, independiente y económico para dirimir las controversias inversor- Estado.

Una de las cuestiones especialmente criticadas⁶⁰ es la pérdida de soberanía por parte del Estado que pueda ver condicionada su política regulatoria en materias de interés

Signatarios%20del%20Convenio-%20Latest.pdf>; Vid. FERNÁNDEZ MASÍA, E.: “La incorporación de los ADR al sistema de resolución de controversias sobre inversiones extranjeras” en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2015, Asunción, vol.3, N°.5, pp. 20-21. [Consulta 20 de abril de 2018, en línea]. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5830188.pdf>>.

⁵⁷ FACH GÓMEZ, K.: “Inversiones internacionales y corrupción en América latina: la función del arbitraje de inversiones en el avance de la institucionalidad democrática (International Investments and Corruption in Latin America: The Role of Investment Arbitration in the Advancement of Democracy)”, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law* (MPIL), 2017. [Consulta 10 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3052228>>.

⁵⁸ Informe para el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Alfred-Maurice de Zayas califica el arbitraje inversor-Estado como “*a challenge to democracy and the rule of law*”: vid. A/HRC/30/44, de 14 de julio de 2015

⁵⁹ FERNÁNDEZ MASÍA, E.: “Hacia la creación de ...”, *op. cit. passim*.

⁶⁰ PÉREZ PACHECO, Y.: “Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI”. *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 4, N.º. 1, 2012, pp. 316-333. [Consulta: 9 de marzo de 2018, en línea]. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4184099&orden=387653&info=link>>.

público⁶¹, práctica conocida como enfriamiento regulatorio⁶². La creación del “derecho a regular” ha sido progresiva, de manera paralela a la evolución del propio arbitraje de inversiones y de las repercusiones de los laudos arbitrales en la actividad del Estado receptor de la inversión⁶³.

Para COLLINS⁶⁴ la clave radica en la dificultad de fijar el contenido de un concepto jurídico indeterminado como el de “interés público” que constituye uno de los requisitos para que un Estado pueda llevar a cabo una expropiación:

“In many respects the struggle to achieve a balance between these competing interests represents perhaps the most fundamental tensión of international investment law. The extent to which FDI impacts on the capacity of host states to enact laws which preserve public interest issues is a matter of much debate. It is often suggested that international investment law, developed at the behest of the investors by their home states and the host states ardently seeking to attract it, has been insufficiently sensitive to this topic. This is in large part because the concept of ‘public interest’ as a justifying norm is notoriously difficult to define. The debate over the limits of a state’s regulatory capacity in pursuit of these goals which might interfere with a foreign investor’s legitimate expectations enshrined in other provisions of IIAs is particularly acute in the context of expropriation, where public interest is one of the requirements for an expropriation to be viewed as lawful.”

A pesar de tratarse de cuestiones nucleares del Derecho administrativo: las limitaciones que padecen los poderes públicos en su potestad regulatoria, los instrumentos de control judicial y el paradigma de responsabilidad administrativa, se advierte salvo

⁶¹ LÓPEZ RODRÍGUEZ, A.: “Repercusiones en materia de responsabilidad financiera del arbitraje de inversiones y de la propuesta del Tribunal Permanente de Inversiones en la Unión europea: ¿dos caras de una misma moneda? en FACH GÓMEZ, K. (ed.): *La política de la Unión europea en materia de derecho de las inversiones internacionales = EU policy on international investment Law*, Barcelona, Ed. J.B. Bosch, 2017, p. 113.

⁶² *Regulatory chill*.

⁶³ VICENTE BLANCO, D. J.: *op. cit.* p. 339.

⁶⁴ COLLINS, D.: *op. cit.*, p. 251.

algún estudio concreto⁶⁵ un vacío de la doctrina administrativista en España. La imposición de estas condiciones favorece los intereses de los inversores, y así se configura un sistema alejado de la inicialmente perseguida “neutralidad”, que se caracteriza de modo principal, por no ser jurisdiccional (arbitral), no público (privado), no neutral ni independiente, no general, y con normas jurídicas vagas, laxas y no vinculadas a los ordenamientos nacionales⁶⁶. Ese enfoque crítico entiende que se reemplaza el control de la potestad reglamentaria y de la actuación administrativa que la Constitución Española⁶⁷ atribuye a los tribunales por parte de árbitros de carácter privado⁶⁸.

Otro de los reproches más extendidos sobre la configuración del arbitraje de inversiones radica en la extralimitación de los árbitros en su labor de exegeta de los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) y la situación preminente en la que se sitúan los derechos de los inversores extranjeros respecto del ejercicio de la potestad legislativa o ejecutiva por los Estados, aunque esta actuación sea en aras a un determinado interés público⁶⁹. Comparte la idea COLLINS⁷⁰:

“(...) Likewise, it is often suggested that many of the decisions of international tribunals have gone too far in interpreting the protective provisions of treaties in favor of investors, undermining the legitimate sovereign rights of host states...”

⁶⁵ Entre esas excepciones se encuentra M. BELTRÁN DE FELIPE, M.: “¿Puede haber responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas al margen de la LRJAPyPAC? El arbitraje internacional de inversiones (y el estándar universal de trato justo y equitativo) como inesperado sustitutivo de la legislación interna”, en la *Revista General de Derecho Administrativo*, N.º 16, diciembre 2007 y también CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Arbitraje internacional de inversiones y “Derecho a regular” de los Estados: el nuevo enfoque comunitario en la negociación del TTIP”, en la *Revista española de Derecho Europeo*, N.º 58(2016), pp. 13-45.

⁶⁶ M. BELTRÁN DE FELIPE, M.: *op. cit.* p.4.

⁶⁷ Artículo 106 de la Constitución Española “1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

⁶⁸ GONZÁLEZ GARCÍA, J.: *op. cit.* p. 149.

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 159-160.

⁷⁰ COLLINS, D.: *op. cit.* p. 2.

En esta línea se encuentra PASCUAL-VIVES⁷¹ que plantea variables diferentes en aras de revertir la situación privilegiada en que se encuentran los inversores extranjeros frente a los inversores nacionales. De estas corrientes críticas subyace una disyuntiva entre los tribunales nacionales y el arbitraje de inversión que podría resolverse mediante la combinación de ambos foros, con preferencia a la utilización de los tribunales nacionales y limitando el arbitraje de inversión al agotamiento de recursos internos.

La falta de transparencia y la opacidad en la que se resuelven en ocasiones estas disputas resulta insoportable para la calidad democrática cuando afectan a controversias que afectan al interés público⁷², y ello explica el reproche, cada vez más extendido al sistema clásico de ISDS, de ausencia de legitimidad democrática siendo calificado como “ISDS - *The devil is in the details*”⁷³. Esta falta de claridad y de acceso a documentos clave en el proceso arbitral constituye uno de los factores que genera mayor consenso en la necesidad de su revisión, en esa línea se manifiesta COLLINS⁷⁴:

“One of the major criticism of investor-dispute settlement is that is characterized by an unacceptable lack of transparency given its clear public dimension. Since the decisions by investment tribunals determine whether the actions of governments are legal or not, they impact the rights of the citizen and other stakeholders. If these groups’ rights can be affected by the investment arbitration process, it is thought that they should be able to know what goes on during the hearings and possibly also participate in them. But of course this would

⁷¹ PASCUAL-VIVES, F.: “¿Hay alternativas al arbitraje de inversión: ¿Redefiniendo la solución de las controversias relativas a inversiones extranjeras?” en FACH GÓMEZ, K. (ed.): *La política de la Unión europea en materia de derecho de las inversiones internacionales = EU policy on international investment Law*, Barcelona, Ed. J.B. Bosch, 2017, pp. 182-184.

⁷² SCHILL, S.: “Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and its significance of the role of arbitrator”. *Leiden Journal of International law*, 23 (2010): 401-430, 412.

⁷³ FACH GÓMEZ, K.: “Unión Europea e inversiones internacionales: mecanismos de solución de controversias -- Unión Europea e inversiones internacionales: el futuro de los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado”. *Revista de Derecho Internacional*, vol. 69/1, enero-junio 2017, Madrid, pp. 295-302

⁷⁴ COLLINS, D.: *op.cit.*, p. 227.

defeat the principle of confidentiality that is central to arbitration as a system of dispute resolution.”

Como se señaló *supra*⁷⁵ el contexto histórico en el que se origina el arbitraje de inversiones, la década de los años sesenta del siglo pasado, condiciona de manera determinante el espíritu de este, y así se crea un alambicado sistema en el que resultan constantes las tensiones entre el Derecho internacional público, el Derecho internacional privado y el arbitraje comercial⁷⁶.

RODRÍGUEZ VICENTE⁷⁷ asocia las primeras voces críticas a los movimientos antiglobalización, aunque estas han encontrado un paulatino apoyo por parte de buena parte de la sociedad. En esa línea de reprobación se expresa PRANTL⁷⁸ al calificar los arbitrajes privados como una “perversión del Estado de derecho” y “uno de los más peligrosos ataques contra el Estado democrático social y de derecho” ya que se vulneran sus principios vertebradores: la igualdad ante la ley, la transparencia de los procesos judiciales y el derecho a ser escuchado. PINZLER⁷⁹ en medio de la discusión en torno a la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (conocido por sus siglas inglesas TTIP)⁸⁰ en Alemania define los arbitrajes de inversiones como “justicia paralela en nombre del dinero”.

Una reflexión destacable por su ecuanimidad la aporta FERNÁNDEZ ROJAS⁸¹, aunque se circunscribe a América Latina se puede extrapolar el espíritu de su razonamiento,

⁷⁵ Vid. p. 13.

⁷⁶ HOWSE, R.: *Courting the critics of Investor-State Dispute Settlement: the EU proposal for a judicial system for investment disputes*, pp. 6-7. [En línea], [consulta 20 abril de 2018]. Disponible en < https://cdn-media.web-view.net/i/fjj3t288ah/Courting_the_Criticsdraft1.pdf>.

⁷⁷ RODRÍGUEZ VICENTE, M.: “¿Es necesario un Tribunal Multilateral de Inversiones?”, en Boletín económico de ICE, Información Comercial Española, N.º 3086 (Del 1 al 30 de abril 2017), 2017, pp. 15-16. [Consulta: 9 de marzo de 2018, en línea]. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6049630&orden=0&info=link>>.

⁷⁸ PRANTL, H.: Ein heimlicher Staatstreik, in: *Süddeutsche Zeitung*, 10. Mai, p. 13

⁷⁹ PINTZLER, P. et al.: “Schattenjustiz. Im Namen des Geldes”, *Die Zeit*, N° 10, 27 February 2014, pp. 15-17.

⁸⁰ *Transatlantic Trade and Investment Partnership*.

⁸¹ FERNÁNDEZ ROJAS, J. C.: “América Latina ...”, *op. cit.*, p. 35-37.

La asimetría del sistema, a juicio de EBERHARDT⁸² se pone de manifiesto en que sólo pueden entablar demandas los inversores y los Acuerdos internacionales de inversiones no recogen obligaciones para los inversores.

La posibilidad de establecer un mecanismo de apelación en los Tratados de Libre Comercio suscritos por la Unión Europea será objeto de análisis⁸³ se explica como la respuesta a una de las mayores carencias del ISDS, la falta de coherencia y previsibilidad de los laudos arbitrales.

La demanda creciente de alternativas al arbitraje de inversiones, ya sean de manera subsidiaria, complementaria o excluyentes, se explica porque no existe unanimidad tanto del tejido social, como de los propios Estados, de la conveniencia de recurrir al arbitraje de inversiones, tal y como se encuentra configurado actualmente⁸⁴.

3. EL ARBITRAJE DE INVERSIONES EN LA UNIÓN EUROPEA. ESPECIAL REFERENCIA AL CETA.

3.1. POLÍTICA COMERCIAL COMÚN. INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS.

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 con el que la Unión Europea adquiere competencias exclusivas directas en materia de inversiones extranjeras directa en base al artículo 207 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁸⁵

⁸² EBERHARDT, P.: “La protección de las inversiones en una encrucijada”, *Friedrich-Ebert-Stiftung*. [Consulta: 8 de marzo de 2018, en línea], p. 9. Disponible en <<http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/11011.pdf>>

⁸³ *Vid.* Epígrafe 3.3.

⁸⁴ PASCUAL-VIVES, F.: “¿Hay alternativas al ...” *op. cit.*, pp. 180-181.

⁸⁵ Artículo 207 TFUE “1. La política comercial común se basará en principios uniformes, en particular por lo que se refiere a las modificaciones arancelarias, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales relativos a los intercambios de mercancías y de servicios, y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, las inversiones extranjeras directas, la uniformización de las medidas de liberalización, la política de exportación, así como las medidas de protección comercial, entre ellas las que

supone un reto⁸⁶ y una coyuntura favorable para un desarrollo más acorde a los valores de la Unión Europea y una evolución necesaria en el contexto europeo de los temas de comercio e inversión y estimular un cambio de paradigmas del procedimiento de protección de inversiones y de los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado (más adelante ISDS⁸⁷ por sus siglas anglosajonas). Este nuevo enfoque se tradujo en el desarrollo de una política con terceros sujetos que diera respuesta a la numerosa actividad convencional celebrada por los propios Estados miembros en los últimos sesenta años⁸⁸ en que el ejercicio de esa competencia exclusiva en su proyección externa por los Estados miembros se manifestó a través de la adopción y celebración de Acuerdos de inversiones internacionales (en adelante AII).

Pese a que el derecho comunitario originario no regulaba de manera expresa la política de protección de inversiones dentro de la política comercial común se infiere cierta convergencia en el ámbito de las inversiones extranjeras directas, de manera manifiesta en la política convencional desarrollada en donde la Unión Europea centró su actuación en vigilar las condiciones de acceso de los inversores a los mercados y facilitar las inversiones y, los Estados miembros buscaban las mayores garantías para las inversiones efectuadas con anterioridad.

Ese sistema alambicado de reparto de competencias que generaba desconfianzas e inseguridades es lo que viene a modificar el Tratado de Lisboa al incluir dentro de la política comercial común la competencia en materia de inversiones extranjeras directas, en la línea de la frustrada Constitución europea⁸⁹.

En consecuencia, sólo la Unión Europea es competente para legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en esta materia con la excepción recogida en el artículo

deban adoptarse en caso de dumping y subvenciones. La política comercial común se llevará a cabo en el marco de los principios y objetivos de la acción exterior de la Unión.

⁸⁶ LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. M.: *op. cit.*, pp.29-30.

⁸⁷ *Investor-state dispute settlement*

⁸⁸ PASCUAL VIVES, F. J.: ““El futuro del ...”, *op. cit.*, *passim*

⁸⁹ Disponible en <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C:2004:310:TOC>>.

2.1 del TFUE⁹⁰ únicamente si los Estados miembros son habilitados por la Unión Europea para ello.

Debe destacarse el papel de liderazgo que se encuentra en condiciones de asumir la Unión Europea, ya que, por sus dimensiones dispone del capital político necesario para promover reformas en el sistema internacional de inversiones. Esta idea la apunta PRIETO MUÑOZ⁹¹:

“After adding the words foreign direct investment to the Union’s Common Commercial Policy (art. 207 TFUE), the EU emerged as an actor of a regime undergoing a process of Deep change and fluidity -substantial, institutional and methodological- as described above. What makes this entrance of this new actor even more important is that the EU has enough political capital to push for reforms that could not have been otherwise achieved by a single small state. Therefore, the EU is now in a unique position where it could profit from the fluidity of the international investment regime by leading with a consistent approach in its legal discourses, vocabularies, and structural biases”.

El reconocimiento expreso en el Tratado de Lisboa de la política comercial común en los artículos 206⁹² y 207⁹³ del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) explica la eclosión de los Tratados de Nueva Generación⁹⁴. Este reconocimiento

⁹⁰ Artículo 2.1 TFUE “Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia exclusiva en un ámbito determinado, sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión”.

⁹¹ PRIETO MUÑOZ, J. G.: “The EU as a global actor in the post-Lisbon era: policy on international investments and a tale of triple fragmentation” en FACH GÓMEZ, K. (ed.): “La política de la Unión europea en materia de derecho de las inversiones internacionales = EU policy on international investment Law”, Barcelona, Ed. J.B. Bosch, 2017, pp. 39-40.

⁹² Artículo 206 TFUE “Mediante el establecimiento de una unión aduanera de conformidad con los artículos 28 a 32, la Unión contribuirá, en el interés común, al desarrollo armonioso del comercio mundial, a la supresión progresiva de las restricciones a los intercambios internacionales y a las inversiones extranjeras directas, así como a la reducción de las barreras arancelarias y de otro tipo”.

⁹³ Vid. Nota 85.

⁹⁴ GONZÁLEZ GARCÍA.: *op. cit.*, pp. 135-136.

se traduce en una reducción en el margen de actuación de los Estados, ya que casi todo el protagonismo corre a cargo de las instituciones comunitarias.

A raíz de las negociaciones entre la Unión Europea y EE. UU. para la adopción del TTIP desde febrero de 2014, entre la UE y Canadá durante siete años para la aprobación del CETA y entre la UE y Vietnam, se han generado modificaciones relevantes en la *praxis* de las Administraciones Públicas a consecuencia de la influencia de los Tratados de Nueva Generación, que no se limitan al tradicional contenido de estos Tratados Internacionales⁹⁵.

Se abre una etapa nueva en la configuración de Tratados comerciales en la que la toma en consideración de aspectos meramente comerciales se ve superada por un nuevo modelo de Tratados comerciales de carácter más transversal, y que inciden en la regulación administrativa y en el control judicial de la actuación de la Administración Pública⁹⁶.

Un factor que deviene nuclear es el hecho de que estos Tratados de nueva generación ejercen una suerte de fuerza constitucional, es decir, se encuentran en disposición de alterar normas sin que exista un proceso de reforma constitucional en los países donde se va a aplicar. Lo dicho suscita un peligroso interrogante en cuanto al encaje de este supuesto contenido constitucional con la exigencia constitucional de control judicial de la Administración Pública.

En los últimos diez años la Unión ha experimentado una mutación sustancial tanto en la estrategia y el objetivo para alcanzar acuerdos comerciales con terceros como en el instrumento jurídico empleado⁹⁷.

⁹⁵ GONZÁLEZ GARCÍA.: *op. cit.*, p. 132.

⁹⁶ Artículo 106 CE “1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

⁹⁷ SEGURA SERRANO, A.: “El Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y CANADA (CETA). Una evaluación de la política comercial de la UE “, *Revista electrónica de estudios internacionales* (REEI), 2015, N.º 30, p. 2. [Consulta: 9 de marzo de 2018, en línea]. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5335862.pdf>>.

Estos acuerdos no se configuran como el medio para conseguir determinados objetivos de política exterior, sino en un interés económico y comercial que permita la optimización de las relaciones comerciales de la Unión con terceros Estados.

La elección del instrumento jurídico se encuentra inextricablemente ligada al cambio de paradigmas y propósitos de la UE en los acuerdos comerciales con terceros países, y por esa razón empieza a utilizar de modo generalizada Acuerdos de Libre Comercio, ya sean Acuerdos Comerciales Regionales, o ALC bilaterales, como el caso del Acuerdo Económico Comercial y global (AECG y por sus siglas anglosajonas CETA⁹⁸, ALC UE-Singapur, y los siguientes Acuerdos semejantes que alcance la Unión⁹⁹.

A pesar de que no se encuadre dentro del análisis principal del presente trabajo cabe una aproximación somera y tangencial al propósito de la UE de llevar a cabo una agenda comercial mediante el CETA y otros ALC.

Sin entrar al detalle, el impacto económico del CETA beneficiará en mayor medida a Canadá, lo que conduce a cuestionarse cuál es la motivación de la Unión no explicitada en el CETA. A juicio de SEGURA SERRANO¹⁰⁰ se trata de una estrategia expansiva y centrifuga de los estándares reguladores de la Unión en una suerte de competición entre la UE y los EEUU para imponer ese conjunto de reglas al resto de los Estados.

En este sentido, se explica la apuesta decidida recogida en el artículo 8.29 del CETA¹⁰¹ de fijar una hoja de ruta en aras de conseguir un acuerdo para la creación de un tribunal multilateral sobre inversiones y de un mecanismo de apelación para la solución

⁹⁸ Acuerdo Económico Comercial y Global (AECG, CETA por sus siglas en inglés). [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_es.htm>.

⁹⁹ SEGURA SERRANO, A.: *loc. cit.*

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 22.

¹⁰¹ Artículo 8.29 CETA “Las Partes perseguirán, junto con otros socios comerciales, la creación de un tribunal multilateral sobre inversiones y de un mecanismo de apelación para la solución de diferencias en materia de inversiones. Al crear tal mecanismo multilateral, el Comité Mixto del AECG adoptará una decisión por la que se establezca que las diferencias en materia de inversiones con arreglo a la presente sección se decidirán con arreglo al mecanismo multilateral, y formulará las disposiciones transitorias oportunas”.

de diferencias en materia de inversiones. Esta última cuestión será objeto de un detallado estudio *infra*¹⁰².

3.2. ACUERDO ECONÓMICO Y COMERCIAL GLOBAL (CETA).

3.2.1. Proceso de aprobación del CETA

La evolución del Derecho internacional de inversiones no se puede catalogar como rupturista, sino más bien continuista con el sistema existente, al menos por un número mayoritario de países, con alguna revisión, pero conservando sus características nucleares¹⁰³.

Como se apuntó *supra* con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la recién estrenada competencia por parte de la Unión Europea en materia de inversiones extranjeras, la postura de las instituciones comunitarias se encontraba en la línea de preservar el *statu quo* con la inclusión de reformas en los futuros Acuerdos Internacionales de Inversión de la Unión Europea¹⁰⁴.

La negociación de Tratados *mega-regionals* como el Acuerdo Económico y Comercial Global se enmarca en la Política Comercial Común tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y su especial relevancia viene determinada por ser el primer ALC que celebra la UE con un país altamente industrializado occidental y miembro del G8. La firma

¹⁰² Vid. Epígrafe 4.

¹⁰³ FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “Los mecanismos de solución de diferencias inversor-estado en una encrucijada: del arbitraje a la creación de un tribunal multilateral, ¿pasando por un sistema de tribunales Internacionales de Inversiones?” en FACH GÓMEZ, K. (ed.): “*La política de la Unión europea en materia de derecho de las inversiones internacionales = EU policy on international investment Law*”, Barcelona, Ed. J.B. Bosch, 2017, p. 157.

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “El Tratado de Lisboa y el futuro de los acuerdos de promoción y protección de inversiones en Europa” en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (eds.): *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 343-350.

del CETA el 30 de octubre de 2016¹⁰⁵ en el transcurso de la decimosexta cumbre entre la Unión europea y Canadá se incardina en un proceso de negociaciones que duró siete años, ya que la negociaciones entre la UE y Canadá habían comenzado en mayo de 2009¹⁰⁶.

La trascendencia del CETA como vanguardia de una nueva etapa en la Política Comercial Común (PCC) explican cierta grandilocuencia en las declaraciones del presidente de la Comisión Europea Jean Claude Juncker recogidas en el comunicado de prensa de la Comisión europea de 5 de julio de 2016¹⁰⁷:

“El Acuerdo comercial entre la UE y Canadá es nuestro mejor y más avanzado acuerdo comercial, y quiero que entre en vigor lo antes posible. Ofrece nuevas oportunidades para las empresas europeas, y fomenta al mismo tiempo nuestros elevados estándares en beneficio de nuestros ciudadanos. He examinado los argumentos jurídicos, y he escuchado a los Jefes de Estado y de Gobierno y a los Parlamentos nacionales. Es momento de responder. La credibilidad de la política europea de comercio exterior está en juego».

En ese mismo foro, y en total sintonía se manifiesta la Comisaria de comercio Cecilia Malmström:

“El acuerdo alcanzado con Canadá es un hito en la política comercial europea. Es el acuerdo comercial más ambicioso que la UE ha celebrado, y estrechará nuestra larga relación con Canadá. Contribuirá a generar crecimiento y puestos de trabajo muy necesarios, y mantendrá plenamente los altos estándares europeos en ámbitos como la seguridad alimentaria, la protección del medio ambiente y los derechos laborales. Este es el objetivo de nuestra política comercial. Espero que la firma, la aplicación provisional y la celebración del Acuerdo con Canadá puedan ser rápidas, en beneficio de los consumidores, los trabajadores y los emprendedores: es un Acuerdo que Europa necesita. Mientras tanto, el

¹⁰⁵ Council of European Union, Press release, EU-Canada trade agreement.: Council adopts decisión to sign CETA, 28 October 2016. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea] .Disponible en <<http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/10/28/eu-canada-trade-agreement/pdf>>.

¹⁰⁶ COLLINS, D.: *op. cit.* p.227.

¹⁰⁷ Comisión Europea-Comunicado de prensa, La Comisión Europea propone la firma y la celebración del Acuerdo comercial entre la UE y Canadá, Estrasburgo, 5 de julio de 2016. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en < http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2371_es.pdf>.

Tribunal de Justicia Europeo deberá clarificar, en un futuro próximo, la cuestión pendiente de la competencia de estos acuerdos comerciales. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la Comisión considera que este Acuerdo entra en el ámbito de competencia exclusiva de la UE. Sin embargo, la situación política en el Consejo es clara, y entendemos la necesidad de proponerlo como acuerdo "mixto", para que se firme rápidamente”.

El proceso de negociación del CETA transcurría dentro de los cauces habituales en la adopción de Tratados internacionales pero la convulsión social contraria al proceso de negociaciones entre la Unión Europea y EE. UU. para la celebración del TTIP se tradujo en una extensión de movimientos de frontal rechazo a los Acuerdos de libre comercio y de inversiones impulsados por la UE, y entre ellos al CETA¹⁰⁸.

En el sentido apuntado, resulta interesante la reflexión de GONZÁLEZ VEGA¹⁰⁹ al respecto de la incompatibilidad que se presenta entre la confidencialidad y sigilo en el que se negocian los acuerdos comerciales (en este caso el CETA) y la reivindicación de la sociedad civil de publicidad y transparencia a las instituciones comunitarias encargadas de la negociación del Acuerdo (fundamentalmente la Comisión Europea). En este punto, se evidencia la necesidad de articular alternativas diferentes que permitan conciliar la reserva con las implicaciones de una mayor transparencia.

En este contexto de franca hostilidad se dirime una fuerte confrontación en torno a la inclusión del arbitraje de inversiones como instrumento de resolución de disputas

¹⁰⁸ IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I.: “La firma del Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá: un primer y decisivo paso hacia el establecimiento de un renovado marco legal para las inversiones extranjeras en el ámbito europeo y global”. *La Ley Unión Europea*, N.º 42, 2016, p. 1.

¹⁰⁹ GONZÁLEZ VEGA, J.: “A transparencia e o control democrático na nova xeración de acordos comerciais: a UE ante o CETA e o TTIP” en *Administración & cidadanía: revista da Escola Galega de Administración Pública*, Vol. 12, N.º. 1, 2017, p. 22; *Vid.* “CETA. 9 aspectos esenciales que se deben conocer”, *Global Politics and Law*, 23 de junio de 2017. [Consulta 10 de junio de 2018, en línea]. Disponible en <<https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/06/23/ceta-parlamento-espanol-aspectos-basicos/>>.

entre inversor-Estado¹¹⁰. La oposición al sistema ISDS se manifiesta singularmente destacable en algunos Estados Miembros y parte de la sociedad civil.

Cabe destacar el veto del Parlamento valón¹¹¹ el 13 de octubre de 2016, que representa a Valonia, una de las tres regiones que conforman Bélgica, y que votó en contra de permitir al Gobierno belga firmar el Tratado de libre comercio entre la Unión Europea y Canadá —CETA por sus siglas en inglés, un trámite por el que deben pasar obligatoriamente representantes de los Veintiocho. El veto se retiró el 27 de octubre¹¹² *in extremis* en una votación en el Parlamento valón que otorgó su consentimiento a Bélgica para que firme el CETA por una amplia mayoría de 58 votos a favor y 5 en contra. El presidente de Valonia Paul Magnette, destaca como conquista más relevante en la negociación para levantar el veto del Parlamento valón la no inclusión en el CETA del sistema ISDS y así declaró: "Nunca habrá arbitraje privado en el CETA". Puede resultar incluso emocionante como una región de 3,5 millones de habitantes se encuentra en disposición de paralizar un Tratado que afecta a 508 millones de europeos y 35 millones de canadienses amparándose en las leyes comunitarias, que requieren la unanimidad de los Veintiocho, y belgas, que otorgan a las regiones el derecho a vetar este tipo de acuerdos. Por otro lado, supone una dificultad añadida para la ratificación de este tipo de Acuerdos.

La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 13 de octubre de 2016 autoriza al Gobierno alemán a suscribir el CETA¹¹³, pero condicionado a que el Gobierno alemán pueda abandonar el acuerdo si un recurso de inconstitucionalidad o una negativa del *Bundestag* así lo decide, además de la exigencia de que antes de la ratificación parlamentaria, solo entren en vigor las materias exclusivamente comunitarias. Los 200.000 alemanes que expresaron su rechazo al CETA en diferentes manifestaciones

¹¹⁰ LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. M.: *op. cit.*, p.31.

¹¹¹ “Alemania da un sí condicionado a Canadá”, Diario EL PAÍS de 15 de octubre de 2016. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <https://elpais.com/internacional/2016/10/15/actualidad/1476547227_080582.html>.

¹¹² “El Parlamento valón respalda el acuerdo comercial entre la UE y Canadá”, Diario EL PAÍS de 29 de octubre de 2016. [Consulta el 12 de mayo de 2016, en línea]. Disponible en <https://elpais.com/internacional/2016/10/28/actualidad/1477664163_450055.html>.

¹¹³ FACH GÓMEZ, K.: “Unión Europea e inversiones internacionales ...”, *op. cit.*, pp.295-302.

y los más de 150.000 berlineses que se manifestaron en 2015 en contra del TTIP son una muestra de la frontal oposición de una parte importante del electorado del país más potente desde un punto de vista económico de la Unión Europea.

Las críticas de falta de legitimidad democrática de los sistemas ISDS¹¹⁴ hicieron mella en la postura de la Comisión Europea que llevó a cabo un viraje en su posicionamiento durante las negociaciones del TTIP¹¹⁵, y así se aprecia de las declaraciones del Vicepresidente primero de la Comisión Europea Frans Timmermans en el comunicado de prensa de la Comisión Europea de 16 de septiembre de 2015 en el marco de la propuesta de un nuevo Sistema de Tribunales de Inversiones para la ATCI (TTIP) y para otras negociaciones comerciales y de inversión de la UE:

“Con nuestra propuesta de un nuevo Sistema de Tribunales de Inversiones estamos abriendo nuevos horizontes. El nuevo Sistema de Tribunales de Inversiones estará formado por jueces plenamente cualificados, sus procedimientos serán transparentes, y los asuntos se resolverán sobre la base de normas claras. Además, las resoluciones del Tribunal podrán recurrirse ante el nuevo Tribunal de Apelación. Con este nuevo sistema, protegeremos el derecho de los gobiernos a legislar y garantizaremos que las diferencias en materia de inversión se resuelvan en plena conformidad con el Estado de Derecho”.

Destacan tanto por su relevancia como por lo novedoso el carácter permanente de los Tribunales de Inversiones y la creación de un tribunal de Apelación. Este modelo se reproduce casi de manera mimética en el Acuerdo de Libre Comercio de la Unión Europea con Vietnam y en la revisión que se lleva a cabo en el CETA en febrero de 2016.

¹¹⁴ PASCUAL, VIVES, F. J.: “Unión Europea e inversiones: mecanismos de solución de controversias”. *Revista española de derecho internacional*, vol. 69, N.º 1, 2017, pp. 287.

¹¹⁵ Comisión Europea, Comunicado de prensa, *La Comisión propone un nuevo Sistema de Tribunales de Inversiones para la ATCI y para otras negociaciones comerciales y de inversión de la UE*. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_es.html>.

El CETA¹¹⁶ se configura como el primer Acuerdo de la Unión Europea en el que se incluye el nuevo sistema de resolución de disputas inversor-Estado¹¹⁷, y adquiere especial relevancia por el efecto centrífugo de sus disposiciones relativas a la solución de controversias con respecto a los futuros Acuerdos de los que forme parte la Unión Europea.

En 2010 la Comisión Europea¹¹⁸ se mostraba proclive a la inclusión del arbitraje de inversiones en los Acuerdos de libre comercio que suscribiera en el futuro:

“In the short term, the prospects for realising the integration of investment into the common commercial policy arise in ongoing trade negotiations, where the Union has so far only focused on market access for investors. The latest generation of competitiveness-driven Free Trade Agreements (FTAs) is precisely inspired by the objective of unleashing the economic potential of the world's important growth markets to EU trade and investment. The Union has an interest in broadening the scope of negotiations to the complete investment area. In some cases, we could also respond to a request from our negotiating partners themselves. In the EU-Canada negotiations towards a Comprehensive Economic and Trade Agreement, our partner has expressed an interest in an agreement that would cover investment protection. Other ongoing negotiations in which investment protection should be considered include the EU-India negotiations towards a Broad-based Trade and Investment Agreement, the EU Singapore negotiations towards a Free Trade Agreement, and the EU-Mercosur trade negotiations”.

La posición de la Comisión Europea cambia drásticamente durante la ronda de negociaciones del TTIP, a raíz de la ola de críticas que suscitó en mayor medida la intención de incluir el sistema ISDS en el futuro Acuerdo. El sustrato de gran parte de las

¹¹⁶ Decisión (UE) 2017/37 del Consejo de 28 de octubre de 2016 relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra. [Consulta 11 de mayo de 2018], [en línea]. Disponible en <<https://www.boe.es/doue/2017/011/L00001-01079.pdf>>.

¹¹⁷ LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. M.: *op. cit.*, pp. 29-68.

¹¹⁸ Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Towards a comprehensive European international investment policy, COM (2010)343 final, Brussels, 7.7.2010. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0343:FIN:EN:PDF>>.

críticas incidía en la falta de legitimidad democrática del sistema ISDS y su naturaleza privada¹¹⁹.

En julio de 2017 la Comisión Europea publicaba una Guía en la que la comisaria europea Cecilia Malmström se manifestaba en los siguientes términos acerca del nuevo ICS¹²⁰:

“...promote high-quality investment between the EU and Canada, with a new investment court system offering certainty and predictability to investors with legal safeguards and levels of transparency on a par with those of domestic or other international courts — while protecting governments’ right to pursue policies they consider in the public interest...”.

3.2.2. Entrada en vigor y aplicación provisional

Cabe apuntar una primera idea sobre la que se incidirá *infra*, y es que el CETA es un acuerdo mixto que se aplica provisionalmente¹²¹.

El proceso de entrada en vigor se preveía plagado de dificultades, entre las que destacaba para SEGURA SERRANO¹²² la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la solicitud del Dictamen planteada por la Comisión Europea con relación al Acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y Singapur (en adelante ALC UE-Singapur).

¹¹⁹ LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. M.: *op.cit.* p. 41.

¹²⁰ European Comision, *Guide to the Comprehensive Economic and Trade Agreement*, July 2017, p. 5. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc_156062.pdf>.

¹²¹ “CETA. 9 aspectos esenciales que se deben conocer”, *Global Politics and Law*, 23 de junio de 2017. [Consulta 10 de junio de 2018, en línea]. Disponible en <<https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/06/23/ceta-parlamento-espanol-aspectos-basicos/>>.

¹²² SEGURA SERRANO, A.: *op. cit.*, p. 11.

Así la Comisión Europea solicitó un dictamen al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en relación a la competencia para firmar y ratificar el Acuerdo de libre comercio con Singapur¹²³, con el propósito de clarificar la interpretación del Tratado de Lisboa en relación a si las disposiciones recogidas en el ALC UE-Singapur se encuadran en competencias exclusivas de los Estados miembros con la necesaria aprobación por los parlamentos nacionales¹²⁴:

“Commissioner De Gucht said: ‘I have been saying for months that we need to clarify the interpretation of the Lisbon Treaty as regards trade matters. And this is what I have decided to do now. The Court can solve an ongoing difference of opinion between the Commission and the Council on the interpretation of the Lisbon Treaty, clarify which procedures to follow and increase EU predictability towards our trade partners.’

The aim of the Commission is to bring clarity which provisions of the Free Trade Agreement with Singapore fall within the EU's exclusive or shared competence and which remain in the Member States' remit and require approval by national instances.

As next steps, the Commission's Legal Service will prepare a formal request to the Court with the intention to submit as soon as possible”.

La solicitud de dictamen, en virtud del artículo 218.11 TFUE¹²⁵ la presenta la Comisión Europea el 10 de julio de 2015, que estimaba, que entre las competencias exclusivas de la UE se encontraba la firma y celebración por sí sola el Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y Singapur, posición respaldada por el Parlamento europeo.

Por otro lado, tanto el Consejo como los Gobiernos de los Estados miembros que presentaron observaciones ante el TJUE sostienen una posición antagónica al considerar

¹²³ ECLI:EU:C: 2016:992. Dictamen 2/15, Solicitud de dictamen por la Comisión Europea. Disponible en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=186494&pageIndex=0&doclang=ES>>.

¹²⁴ European Commission, *Singapore: The comisión to request a Court of Justice opinión on the trade deal*, 30 de octubre de 2014. Disponible en <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1185>>.

¹²⁵ Artículo 218.11 TFUE “Un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto. En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de los Tratados”.

que ciertos aspectos del ALC UE-Singapur son de competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros, o si cabe de la competencia exclusiva de los Estados miembros, lo que imposibilita que la Unión firme o celebre el ALC UE-Singapur de manera autónoma.

La Abogada General Eleanor Sharpston se pronunció en sus conclusiones en diciembre de 2016: “*The EU-Singapore Agreement could only be concluded by the EU and the Member States acting jointly, in a broad Reading of shared competence. Much hangs on the Court’s view thereof*”¹²⁶.

El 16 de mayo de 2017 el Pleno del TJUE pronuncia el Dictamen 2/15¹²⁷ relativo a la competencia para firmar y ratificar el Acuerdo de libre comercio con Singapur. El TJUE sólo se pronuncia sobre la naturaleza de la competencia, si esta resulta exclusiva o no de la Unión, y no sobre la compatibilidad material del Acuerdo con el Derecho de la Unión¹²⁸.

El TJUE entiende que el ALC UE-Singapur, tal y como se le presenta para su valoración, “sólo puede ser celebrado conjuntamente por la Unión europea y sus miembros”. Para ello se fundamenta en la existencia de competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros en dos aspectos del Acuerdo: en primer lugar, las inversiones extranjeras distintas de las directas, y en segundo término, el régimen de arreglo de controversias entre inversores y Estados. Resulta lógico que no se pueda

¹²⁶ “La abogada general del Tribunal de la UE pone nuevos límites a tratados como TTIP y CETA”, Diario PÚBLICO de 22 de diciembre de 2016. [Consulta 25 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <<http://www.publico.es/internacional/abogado-general-del-tribunal-ue.html>>; Vid. FAHEY, E.: “CETA and Global Governance Law: what kind of model agreement is it really in law” en *European Papers*, 2(1), 2017, p. 297. [Consulta 10 de junio de 2018, en línea]. Disponible en <<http://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/ceta-and-global-governance-law-what-kind-of-model-agreement-is-it-really-in-law>>.

¹²⁷ ECLI:EU:C: 2017:376. Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia (pleno) de 16 de mayo de 2017, [consulta 10 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190727&doclang=ES>>.

¹²⁸ “Tribunal de Justicia europeo: límites a los Acuerdos de Libre Comercio (y al TTIP y CETA)”, *Global Politics and Law* de 16 de mayo de 2017 [Consulta 10 de junio de 2018, en línea]. Disponible en <<https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/05/16/tribunal-justicia-europeo-limites-libre-comercio-ttip-ceta/>>.

aprobar un Acuerdo que lamine la competencia jurisdiccional de un Estado sin el expreso consentimiento del mismo.

Se propone su celebración como un acuerdo mixto que exige la ratificación de todos y cada uno de los Estados miembros (salvo que estos deleguen de forma libres su competencia convencional bajo determinadas circunstancias)¹²⁹ con respeto a lo dispuesto en los diferentes procedimientos internos¹³⁰:

*“EU trade and investment agreements are frequently concluded in the mixed form because they contain aspects covered by EU exclusive competences (such as a foreign direct investment) and matters allegedly falling within the scope of Member states competences. Mixity complicates the application of international agreements, because a mixed agreement enters into force when both the Union and all its Member states have ratified it”*¹³¹.

En aras de no dilatar los períodos de negociaciones de los distintos ALC y Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante APPRI), se dispone un procedimiento de doble autorización a la Comisión Europea: por un lado, el Consejo concede la autorización a la Comisión para negociar en su nombre en materias de competencias exclusivas de la Unión, y por otro los Estados miembros autorizan a la Comisión a negociar en su nombre en las cuestiones de competencia de los Estados miembros¹³².

La comisaria de Comercio Cecilia Malmström aseguraba a principios de julio de 2016 que “la Comisión considera que desde un punto de vista estrictamente legal este acuerdo hace referencia únicamente a competencias de la UE”. Surgen numerosas voces críticas que lo consideran un movimiento táctico, en el que la Comisión transige y celebra

¹²⁹ HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M.: “El alcance de la competencia exterior europea en materia de inversiones”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 52, Madrid, 2015, p. 906. [Consulta 10 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5311790.pdf>>.

¹³⁰ IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I.: “La firma del Acuerdo ...”, *op. cit.*, p. 2.

¹³¹ GATTI, M.: “Provisional application of EU trade and investment agreements: a pragmatic solution to mixity issues” en FACH GÓMEZ, K. (ed.): *La política de la Unión europea en materia de derecho de las inversiones internacionales = EU policy on international investment Law*, Barcelona, Ed. J.B. Bosch, 2017, p. 69.

¹³² HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M.: “El alcance de la competencia ...”, *op. cit.* p. 905.

el CETA como un acuerdo mixto a cambio de garantizar la aplicación provisional del mismo¹³³. Se advierte una tensión entre la Comisión Europea y el Consejo en cuanto a la competencia exclusiva o compartida de la UE y sus Estados miembros a la hora de celebrar acuerdos que engloben todo tipo de transacciones financieras.

Así, la Comisión Europea consideraba el acuerdo del CETA dentro del ámbito de competencia exclusiva de la Unión Europea, y ello redundaría en mayores facilidades para la entrada en vigor porque no resultaría necesario el trámite de ratificación por los parlamentos nacionales¹³⁴. Por su parte el Consejo estimaba que el acuerdo versaba sobre competencias mixtas, tanto a competencias exclusivas de la Unión europea como a competencias de los Estados miembros. Se impuso la tesis de que se trata de una competencia compartida entre la UE y los Estados miembros y por tanto deben concluirse como acuerdos mixtos¹³⁵. DELIMATIS¹³⁶ abunda en la cuestión:

“(...) In July 2016, the Commission bucked under the pressure of the Council by formally proposing to the Council to sign and conclude the CETA as a mixed agreement. As typically happens, the Council will most likely decide to apply CETA provisionally (...)”.

Si bien la aplicación provisional de Acuerdos no pueda catalogarse como una práctica excepcional¹³⁷ en la UE, el rigor en el análisis impide obviar el comentario de un doble objetivo: por un lado, estimular la futura entrada en vigor a partir de una

¹³³ “Bruselas rectifica y permite que el TTIP canadiense pase por los estados miembros”, Diario PÚBLICO de 5 de julio de 2016. [Consulta 25 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <<http://www.publico.es/internacional/bruselas-rectifica-y-permite-ttip.html>>.

¹³⁴ SERRANO LEAL, C.: “La verdad sobre el CETA: ¿en qué consiste realmente el acuerdo económico y comercial entre la UE y Canadá?” en *ARI* 72/2016 - 10/10/2016, p. 8. [Consulta 18 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/economia+internacional/ari72-2016-serranoleal-verdad-sobre-ceta-en-que-consiste-realmente-acuerdo-economico-comercial-ue-canada>.

¹³⁵ HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: “The scope of the EU treaty-making power on foreign investment: between wishful thinking and pragmatism”, *JWIT*, vol. 17, 2016, pp. 86-115; SERRANO LEAL, C.: “La verdad sobre el CETA...”, *op. cit.* p. 8.

¹³⁶ DELIMATIS, P.: “TTIP, CETA, and TiSA. Behind closed doors” en GRILLER, S. et. al. (ed.): *Mega-*

¹³⁷ ANDRÉS SÁEZ DE SANTAMARÍA, P.: “La Unión Europea y el Derecho de los Tratados: una relación compleja”, *REDI*, vol. 68, Nº 2, 2016, pp. 64 y ss.

situación fáctica, y por otro desalentar y contrarrestar los diferentes movimientos de la sociedad civil claramente contrarios al acuerdo.

*“... Following the approval of CETA by the European Parliament on 15 February 2017, parts of CETA Will be provisionally applied by Canada and the EU in view of the fact that the approval of CETA by all national parliaments- and CETA’s legal entry forc   risk requiring many additional years. Yet, the provisional application is limited to areas of exclusive EU competences and does not include CETA’s investment court system, whose legal consistency with EU constitutional law remains contested”*¹³⁸.

El CETA entr   en vigor provisionalmente el 21 de septiembre de 2017¹³⁹, ya ha sido ratificado por el Parlamento Europeo, pero no por la totalidad de los Estados miembros, con lo que sólo las materias del Acuerdo que sean de competencia exclusiva de la Unión se aplicarán provisionalmente, ya que no requieren de la ratificación de los Estados miembros. En cuanto a las materias que no se aplican provisionalmente se encuentran las inversiones de cartera y el sistema de arreglo de controversias entre inversores y Estados.

3.2.3 Tribunal Permanente en el CETA

El CETA articula un sistema de resolución de controversias relativas a inversiones internacionales entre inversores-Estados con diferencias relevantes frente al sistema

¹³⁸ PETERSMANN, E.: “New trends in International economic law” en GRILLER, S. *et. al.* (ed.): *Mega-regional trade agreements: CETA, TTIP, and TISA*. International Economic Law, 2017, p. 43.

¹³⁹ Council Decision (EU) 2017/38 of 28 October 2016 on the provisional application of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part. [Consulta 10 de junio de 2018, en línea]. Disponible en <<https://eur-lex.europa.eu/eli/dec/2017/38/oj>>.

hegemónico hasta la fecha, el ISDS. Tal y como explica REINISCH¹⁴⁰ se introduce un Tribunal permanente, y la novedad de un Tribunal de Apelación:

“The European Union (EU) has recently included elements of an investment court system (ICS) in three enlarged free trade agreements (FTAs). Both the text of the EU-Vietnam FTA on January 2016 and the (non binding) Commiission proposal for Investment Protection and Resolution of Investment disputes in the EU-US Transatlantic and Investment partnership (TTIP) contain a two-tier mechanism for investor-state dispute settlement (ISDS), combining elements of traditional investor-state arbitration (ISA) with judicial features. Also the revised February 2016 version of the Canada-EU Comprehensive and Trade Agreement (CETA) contains features of an investment court-like dispute settlement institution (...)

(...) The ICS introduces a two-tier system for ISDS, which is composed of the Tribunal as tribunal of first instance and the apellate tribunal or appeal Tribunal. Members of these tribunal are selected in a manner markedly different from the applying in traditional ISA and clearly intended to minimize investor influence (...).”

FERNÁNDEZ MASIÁ¹⁴¹ lo califica de “híbrido”, ya que: si bien se advierte una vocación clara de justicia pública, a la que responde la reforma del sistema ISDS, ya sean con innovaciones sustantivas o materiales (objeto de explicación *infra*), el sistema que configura el CETA conserva alguno de los rasgos definitorios del sistema ISDS.

Ello no resta relevancia a la mutación que sufre el arbitraje de inversiones extranjeras en la regulación del CETA, y el análisis de las características que perfilan los rasgos del nuevo sistema será objeto de estudio de una parte decisiva del presente trabajo.

¹⁴⁰ REINISCH, A.: “Will the EU proposal concerning an investment court system for CETA and TTIP lead to enforceable awards? - the limits of modifying the ICSID Convention and the nature of investment arbitration”, *Journal of International Economic Law*, 2016, 19, pp. 761-764. [Consulta 5 de junio de 2018, en línea]. Disponible en < <https://doi.org/10.1093/jiel/jgw072>>.

¹⁴¹ FERNÁNDEZ MASIÁ, F.: “Los mecanismos de solución ...”, *op. cit.*, pp. 164-167.

3.2.3.1 Sustitución de mecanismos de resolución conflictos inversor-Estado (ISDS)

Las críticas al sistema de arbitraje de inversiones explicadas *supra*¹⁴², y las que se produjeron durante la dilatada fase de negociación del CETA, *a priori* son las razones que determinan el cambio de posición de la UE que, en un principio era partidaria de una reforma del sistema ISDS, y no de su sustitución¹⁴³. El viraje de la posición de la Comisión Europea en cuanto a la inclusión del sistema ISDS en el articulado del CETA hacia la inclusión de un Tribunal permanente de inversiones es la reacción de la Comisión¹⁴⁴ al rechazo cada vez más numeroso y transversal que la continuidad del sistema ISDS generaba.

En ese clima de conflictividad y de rechazo al sistema ISDS se enmarca la apuesta decidida de la Unión Europea de la creación de un tribunal permanente de inversiones que ofrezca alternativas diferentes a una sociedad civil tan polarizada y reactiva frente a una cuestión que puede convertirse en un caballo de Troya en el proceso de integración europea. Cabe destacar el apunte de SARDINHA¹⁴⁵ relativo al establecimiento de un Tribunal permanente de inversiones y otro de Apelación:

“(…) *The stated aim of the establishment of a permanent Tribunal and a Appellate Tribunal in CETA and the EU-Vietnam FTA is to provide a modern and reformed investment dispute resolution mechanism, which strikes the right balance between protecting investors and safeguarding the right of a state to regulate. Self-described by the EU and Canada as a radical change to the prevailing*

¹⁴² Vid. Epígrafe 2.3.

¹⁴³ VICENTE BLANCO, D. J.: *op. cit.* p. 345.

¹⁴⁴ MALMSTRÖM, C.: “*Proposing an Investment Court System*”. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/malmstrom/blog/proposing-investment-court-system_en>.

¹⁴⁵ SARDINHA, E.: “The new EU-Led approach to investor-State arbitration: the investment Tribunal in the Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA) and the EU-Vietnam free trade agreement” en *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 32, Issue 3, 1 October 2017, p. 628. [Consulta 16 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <<https://doi.org/10.1093/icsidreview/six019>>.

system of investor-State arbitration, the ITS is one of the hallmarks of the EU's broader reforms in response to various criticisms facing ISDS (...)"

Tanto en el CETA como en el Acuerdo de Libre Comercio con Vietnam¹⁴⁶ se reemplaza el sistema ISDS como mecanismo de solución de disputas inversor-Estado, y delimita unos vectores diferentes a los recogidos en sus Acuerdos bilaterales de inversión y Tratados de Libre Comercio en los que se regulaban las inversiones extranjeras. En este sentido se manifiesta JANSEN CALAMITA¹⁴⁷:

"In its recent treaties with Canada and Vietnam, the European Union (EU) has established a new model of investor-State dispute settlement (ISDS. It entails a new model of existing structures of investor-State arbitration through, inter alia, the replacement of ad hoc tribunals with standing, treaty -based investment tribunals, staffed with judges appointed by the States parties. It further provides for the establishment of a two-tiered system of tribunals, comprising first instance and appellate bodies, and allows for appellate review as of right on issues of law and fact".

A juicio de FACH GÓMEZ¹⁴⁸ el CETA contiene innovaciones significativas en lo que respecta al mecanismo de resoluciones de disputas relativas a inversiones (que serán analizadas *infra* en lo tocante al CETA), y en sus propias palabras, únicamente los ISDS-haters¹⁴⁹ mantienen que los nuevos Acuerdos no suponen una mejora respecto al sistema ISDS. Esa valoración positiva de los avances del CETA no debe interpretarse como un fin de camino, sino más bien como una etapa más en la nueva configuración de

¹⁴⁶ Free Trade Agreement between the European Union and the Socialist Republic of Vietnam (1 de febrero de 2016).

¹⁴⁷ JANSEN CALAMITA, N.: "The challenge of establishing a multilateral investment Tribunal at ICSID", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 32, Issue 3, 1 October 2017, pp. 611–612, [Consulta 10 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en < <https://doi.org/10.1093/icsidreview/six015>>.

¹⁴⁸ FACH GÓMEZ, K.: "Unión Europea e inversiones internacionales ...", *op. cit.* pp. 299-301.

¹⁴⁹ Término empleado para referirse a todos aquellos partidarios de renunciar al ISDS (o a cualquier reforma de este que mantenga los mismos vectores nucleares) como mecanismo de resolución de disputas inversor-Estado.

un arbitraje de inversiones que dé respuesta a las numerosas críticas que ha soportado en los últimos años¹⁵⁰.

Un planteamiento antagónico se plantea desde la plataforma STOP TTIP¹⁵¹ que firman un número significativo de profesores universitarios en que se califica el sistema de resolución de controversias entre inversores y Estados como “un sistema legal y judicial paralelo, innecesario, sistemáticamente sesgado y estructuralmente defectuoso”.

3.2.3.2. Características del Tribunal Permanente de Inversiones

El capítulo 8 de la versión definitiva del CETA aprobada el 29 de febrero de 2016 se dedica a las inversiones, y resulta el capítulo que ha sufrido mayores modificaciones, tanto cuantitativa como cualitativamente en un proceso de “depuración jurídica” del texto final del CETA que había sido pactado en el verano de 2014¹⁵².

Uno de los propósitos principales que perseguían los negociadores del CETA se plantea como un intento de dar respuesta a una de las cuestiones más criticadas en el esquema de la protección de inversiones¹⁵³, la vaguedad y falta de claridad en las normas sustanciales de protección de las inversiones. En este sentido se expresan TIETJE y CROW¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Vid. Epígrafe 2.2.3.

¹⁵¹ ALBI, A.: “Nota legal sobre la protección de inversiones y los mecanismos de resolución de controversias entre inversores y estados del TTIP y CETA” en *STOP TTIP* [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en < <https://stop-ttip.org/wp-content/uploads/2016/10/13.10.16-Legal-Statement-1.pdf>>.

¹⁵² FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “Los mecanismos de solución ...”, *op. cit.*, p. 159.

¹⁵³ FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “Hacia la creación de ...”, *op. cit.* pp. 10-11.

¹⁵⁴ TIETJE, C. and CROW, K.: “The reform of Investment Protection Rules in CETA, TTIP, and other recent EU FTAs: convincing?” en GRILLER, S. *et. al.* (ed.): *Mega-regional trade agreements: CETA, TTIP, and TISA*. International Economic Law, 2017, p. 89-90.

“(...) Traditionallly, the vast majority of BIT and FTA investment provisions have neglected to incorporate specific details for what may constitute, for example, an infigement on a state’s right to regulate, an unfair or unequitable treatment, or an indirect expropriation. Instead, these concerns (and resulting about how to asses the foreseeability of a tribunal’s interpretation of a given BIT provision) have been a mainstay in the arguments of both states and investors in a long list of investment arbitral tribunal awards. In many cases, ambiguities have given rise to problematic and controversial decisions (...)”.

Cabe destacar que un porcentaje elevado de las previsiones relativas a la protección de inversiones incluidas en el CETA se recogen de manera habitual en los APPRI, la novedad estriba en una regulación más específica, pormenorizada y concreta que supone la codificación de la “jurisprudencia arbitral de inversiones”¹⁵⁵.

Así, por un lado, se va a incidir en los aspectos sustantivos que suponen una innovación al esquema habitualmente incluido en los Acuerdos bilaterales de los Estados miembros de la Unión Europea¹⁵⁶, y por otro en modificaciones de carácter procesal que ya se incluían en el texto de 2014 que respondía al espíritu continuista de la Comisión Europea con respecto al sistema ISDS en esa primera etapa antes del viraje rotundo de las instituciones europeas con el documento de 12 de noviembre de 2015 en el que se fijaba una posición europea diferente y refractarían lo que respecta al contenido del capítulo relativo a protección de inversiones en el futuro TTIP a la inicialmente adoptada por la Comisión Europea de carácter continuista con el sistema ISDS, que fue calificado como “arbitraje 2.0”¹⁵⁷.

¹⁵⁵ IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I.: “La firma del Acuerdo ...”, *op. cit.* p. 4.

¹⁵⁶ FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “Los mecanismos de solución...”, *op. cit.*, pp. 158-162.

¹⁵⁷ FACH GÓMEZ, K.: “Unión Europea e inversiones internacionales ...”, *op. cit.*, pp. 297.

3.2.3.2.a. Características sustantivas

En cuanto a la definición del estándar del tratamiento justo y equitativo (en adelante TJE) incluida en el artículo 8.10 del CETA¹⁵⁸, se intenta limitar la laxitud interpretativa por parte de los árbitros¹⁵⁹, ya que hasta la fecha los APPRI incluían un concepto de TJE de manera indeterminada y flexible en detrimento de la previsibilidad y

¹⁵⁸ Artículo 8.10 CETA; “1. Cada Parte concederá, en su territorio, a las inversiones cubiertas de la otra Parte y a los inversores, con respecto a sus inversiones cubiertas, un trato justo y equitativo, y plena protección y seguridad, de conformidad con los apartados 2 a 7.

2. Una Parte incumplirá la obligación de trato justo y equitativo a la que se hace referencia en el apartado 1 en caso de que una medida o una serie de medidas constituya:

- a) una denegación de justicia en procedimientos penales, civiles o administrativos;
- b) un incumplimiento esencial de las garantías procesales, incluido el incumplimiento esencial del principio de transparencia en los procedimientos judiciales y administrativos;
- c) una arbitrariedad manifiesta;
- d) una discriminación específica por motivos claramente injustos, como la raza, el sexo o las creencias religiosas;
- e) un trato abusivo (coacción, intimidación, acoso, etc.) a los inversores; o
- f) una infracción de cualquier otro elemento de la obligación de trato justo y equitativo adoptado por las Partes de conformidad con el apartado 3 del presente artículo.

3. Las Partes revisarán periódicamente, previa petición de una de ellas, el contenido de la obligación de dar un trato equitativo y justo. El Comité de Servicios e Inversión, creado de conformidad con el artículo 26.2.1.b) (Comités especializados), podrá formular recomendaciones al respecto y presentarlas al Comité Mixto del CETA para que adopte una decisión.

4. Cuando se aplique la obligación de trato justo y equitativo antes mencionada, el tribunal podrá tener en cuenta si una Parte se había dirigido específicamente a un inversor para inducirle a realizar una inversión cubierta, creando expectativas legítimas en las que se basó el inversor a la hora de decidir realizar o mantener una inversión cubierta, y posteriormente la Parte en cuestión frustró tales expectativas.

5. Para mayor seguridad, por «plena protección y seguridad» se entienden las obligaciones de una Parte en relación con la seguridad física de los inversores y las inversiones cubiertas.

6. Para mayor seguridad, una infracción de otra disposición del presente Acuerdo, o de un acuerdo internacional distinto, no supone que se haya producido una infracción del presente artículo.

7. Para mayor seguridad, el hecho de que una medida infrinja el Derecho interno no supone, por sí solo, que se haya producido una infracción del presente artículo. Para determinar si la medida infringe el presente artículo, el tribunal deberá tener en cuenta si una de las Partes ha actuado de forma incompatible con las obligaciones establecidas en el apartado 1.

¹⁵⁹ FACH GÓMEZ, K.: “Unión Europea e inversiones ...”, *op. cit.*, pp.300-302.

la seguridad jurídica, y así mediante una lista cerrada de comportamientos que se suponen antagónicos a dicho estándar de protección¹⁶⁰ incluidos en el CETA se persigue aumentar la seguridad jurídica. Entre estas conductas prohibidas se encuentran la imposibilidad de acceder a la justicia (entendida de manera amplia) en procedimientos internos, ya sean judiciales *stricto sensu* o no, la no observancia de las garantías procesales, la arbitrariedad manifiesta, la discriminación por causas manifiestamente injustas o un tratamiento abusivo a los inversores.

Otro de los objetivos del artículo 8.10(4) del CETA es acotar el concepto de “legítimas expectativas” a situaciones específicas en las que un Estado se haya dirigido específica y de manera inequívoca al inversor generando en el mismo expectativas legítimas que le inciten a realizar una inversión encubierta¹⁶¹.

En lo que respecta a la “expropiación indirecta”, la falta de claridad en cuanto a su contenido tenía como resultado una fuerte heterogeneidad de las decisiones arbitrales que se traducían en inseguridad jurídica. El CETA lo regula en el artículo 8.12¹⁶² y en el

¹⁶⁰ IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I.: *loc. cit.*

¹⁶¹ FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “Los mecanismos de solución ...”, *op. cit.* p. 161.

¹⁶² Artículo 8.12 CETA “1. Ninguna Parte nacionalizará ni expropiará una inversión cubierta, ya sea directa o indirectamente, a través de medidas de efecto equivalente a una nacionalización o expropiación («expropiación»), excepto:

- a) por interés público;
- b) con arreglo al debido procedimiento legal;
- c) de forma no discriminatoria; y
- d) mediante el pago de una compensación rápida, adecuada y efectiva.

Para mayor seguridad, el presente apartado deberá interpretarse con arreglo a lo dispuesto en el anexo 8-A.

2. La compensación mencionada en el apartado 1 equivaldrá al justo valor de mercado que tenía la inversión en el momento inmediatamente anterior a que se hiciera pública la expropiación o la expropiación inminente, si esta última fecha es anterior. Entre los criterios de evaluación se incluirán el valor en funcionamiento, el valor de los activos, incluidos el valor fiscal declarado de la propiedad tangible, y otros criterios, según proceda, para determinar un valor de mercado justo.

3. La compensación incluirá también un interés a un tipo comercial normal desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago y, a fin de que sea eficaz para el inversor, deberá pagarse y transferirse, sin demora, al país que designe el inversor y en la moneda del país del que el inversor sea nacional o en cualquier moneda libremente convertible aceptada por el inversor.

Anexo 8-A¹⁶³ que fija de manera nítida los parámetros que deben concurrir para que una determinada actuación constituya expropiación indirecta: como regla general, y en aras a

4. El inversor afectado tendrá derecho, con arreglo al Derecho de la Parte expropiadora, a que un órgano judicial u otro órgano independiente de esa Parte efectúe una rápida revisión de su demanda y de la valoración de su inversión, de conformidad con los principios establecidos en el presente artículo.

5. El presente artículo no es aplicable a la emisión de licencias obligatorias concedidas en relación con los derechos de propiedad intelectual, en la medida en que dicha emisión sea coherente con el Acuerdo sobre los ADPIC.

6. Para mayor seguridad, no constituyen expropiación la revocación, la limitación ni la creación de derechos de propiedad intelectual, siempre que estas medidas sean coherentes con el Acuerdo sobre los ADPIC y con el capítulo Veinte (Propiedad intelectual). Por otra parte, de la constatación de que estas medidas son incompatibles con el Acuerdo sobre los ADPIC o el capítulo Veinte (Propiedad intelectual) no se desprende que se haya producido una expropiación”.

¹⁶³ Anexo 8-A-Expropiación: “Las Partes confirman su entendimiento común de lo que se expresa a continuación:

1. La expropiación puede ser directa o indirecta:

a) la expropiación directa se produce cuando una inversión se nacionaliza o se expropia directamente de otro modo mediante una transmisión formal de la propiedad o una mera confiscación; y

b) la expropiación indirecta tiene lugar cuando una medida o un conjunto de medidas de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa en el sentido de que privan sustancialmente al inversor de los atributos de propiedad fundamentales en su inversión, incluido el derecho de uso, disfrute o enajenación de su inversión, sin que se haya producido una transmisión formal de la propiedad o una mera confiscación.

2. La determinación de si una medida o un conjunto de medidas de una Parte, en una situación de hecho concreta, constituyen una expropiación indirecta exige una investigación caso por caso y basada en hechos, que tenga en cuenta, entre otros, los factores siguientes:

a) el impacto económico de la medida o el conjunto de medidas, si bien el hecho de que una medida o un conjunto de medidas adoptadas por una Parte tenga un efecto adverso en el valor económico de una inversión no demuestra, por sí solo, que se haya producido una expropiación indirecta.

b) la duración de la medida o del conjunto de medidas de una Parte;

c) el grado en que la medida o el conjunto de medidas interfiere con expectativas claras, razonables y respaldadas por inversiones; y

d) el carácter de la medida o el conjunto de medidas, en particular su objetivo, contexto y finalidad.

3. Para mayor seguridad, salvo en la circunstancia excepcional de que el impacto de una medida o un conjunto de medidas sea tan grave en relación con su finalidad que resulte manifiestamente excesivo, las medidas no discriminatorias adoptadas por una Parte que se conciben y se aplican para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta.

disminuir la pérdida de soberanía de los Estados en su potestad normativa y administrativa, las medidas adoptadas por una Parte (casi siempre Estados) que no resulten discriminatorias y adoptadas para preservar fines legítimos e intereses públicos que redundan en el beneficio de la sociedad en su conjunto, tales como la salud, la seguridad o el medio ambiente no pueden considerarse como expropiación indirecta. Se articula a modo de excepción la posibilidad de que, una medida de las características mencionadas *supra* se califique de expropiación indirecta si produce un resultado desproporcional al propio objetivo de la medida.

El artículo 1.b del Anexo-A del CETA incluye los requisitos exigibles que configuran el criterio de “privación sustancial”, que se incorpora como necesario para la propia existencia de la expropiación indirecta, y se produce cuando se impide al inversor de manera relevante del ejercicio de sus atributos de propietario de la inversión, ya sea el derecho de uso, disfrute o enajenación, siempre y cuando no se haya producido una transmisión de la propiedad o una mera confiscación.

El artículo 2 del Anexo-A del CETA observa la necesidad de evaluar de manera individualizada cada supuesto susceptible de ser considerado expropiación indirecta mediante la toma en consideración de impacto económico de la medida o conjunto de medidas, con la salvedad de que el efecto adverso de una medida adoptada por una Parte no deviene necesaria y automáticamente en un supuesto de expropiación indirecta, la duración y alcance de la medida impugnada, como el objeto, contexto e intención de la misma.

Pese a la supuesta nitidez del CETA en lo que respecta a las disposiciones sustantivas detalladas a lo largo de este epígrafe, las Partes creyeron conveniente acompañar un Instrumento Interpretativo Conjunto¹⁶⁴ a la firma del CETA, con el fin de reafirmar que el Acuerdo garantiza la potestad ejecutiva, legislativa y judicial de las Partes en orden a la actividad económica en el interés público para alcanzar fines legítimos de orden público.

¹⁶⁴ Consejo de la Unión Europea, Instrumento interpretativo conjunto sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros, 27 de octubre de 2016. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/es/pdf>>.

3.2.3.2.b. Características tipo procesal

Las grietas en la configuración de los ISDS¹⁶⁵ conducen a un cambio de sistema con nuevas características que permitan solucionar esas deficiencias. Así, a tenor del análisis realizado por GALLEGO-OSUNA¹⁶⁶ las características procesales que resultan novedosas o de mayor relevancia se articulan como el medio para eliminar los fallos del sistema ISDS objeto de reproches, cada vez, más extendidos en las diferentes capas de la sociedad civil.

Una de las mayores reprobaciones a la justicia derivada de los ISDS es la falta de transparencia, con ausencia de publicidad o muy limitada esta, y a puerta cerrada, lo que resulta difícilmente conciliable cuando se aborden materias de interés público (medioambientales, de salud pública, derechos humanos, laborales, sociales o culturales)¹⁶⁷. El CETA en su artículo 8.36¹⁶⁸ establece la aplicación de las reglas sobre

¹⁶⁵ Vid. Epígrafe 2.2.3.

¹⁶⁶ GALLEGO- OSUNA, F.: “Consideraciones sociales y medioambientales en los nuevos mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado propuestos por la Unión europea” en FACH GÓMEZ, K. (ed.): *La política de la Unión europea en materia de derecho de las inversiones internacionales = EU policy on international investment Law*, Barcelona, Ed. J.B. Bosch, 2017, p. 227-253.

¹⁶⁷ *Ibid.* p. 234

¹⁶⁸ Artículo 8.36 CETA “1. El Reglamento sobre transparencia de la CNUDMI, modificado por el presente capítulo, será de aplicación en relación con los procedimientos con arreglo a la presente sección.

2. La solicitud de celebración de consultas, la notificación en la que se solicite que se determine cuál es el demandado, la notificación de determinación del demandado, el consentimiento a la mediación, el anuncio de que se pretende recusar a un miembro del tribunal, la decisión sobre la recusación de un miembro del tribunal y la solicitud de acumulación se incluirán en la lista de documentos que deben ponerse a disposición del público de conformidad con el artículo 3, apartado 1, del Reglamento sobre transparencia de la CNUDMI.

3. Se incluirán pruebas en la lista de documentos que deben ponerse a disposición del público con arreglo al artículo 3, apartado 2, del Reglamento sobre transparencia de la CNUDMI.

4. No obstante lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento sobre transparencia de la CNUDMI, antes de que se constituya el tribunal, Canadá o la Unión Europea, según proceda, publicará oportunamente los documentos pertinentes de conformidad con el apartado 2, sin perjuicio de que se expurgue información confidencial o protegida. Estos documentos podrán ponerse a disposición del público mediante comunicación a la central de depósito.

transparencia contenidas en el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, o UNCITRAL en sus siglas en inglés) sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un Tratado, que entró en vigor el 1 de abril de 2014¹⁶⁹.

La publicidad de los documentos, sean los emitidos por las partes u otros, de las diferentes decisiones del Tribunal y de la propia audiencia, el acceso de terceros a los documentos y la posibilidad de presentarlos al Tribunal configuran el núcleo axiológico sobre el que se sustenta el principio de transparencia del artículo 8.36 del CETA¹⁷⁰. En cuestiones que conciernan al interés general (*ex. gr.* medio ambiente, sanidad), el paulatino *locus standi* de terceros redundará en una mayor actividad del tejido de la sociedad civil en materias que definen el Estado social de un país¹⁷¹.

Una de las novedades que determina un cambio más profundo del sistema es la configuración de un sistema judicial de carácter permanente frente a la descentralización característica de los tribunales arbitrales creados “*ad hoc*”.

Otra de las cuestiones que suscitaba mayores críticas era el sistema de designación de los árbitros, ya que la elección de estos por las partes ya sea de manera directa o inmediata constituía uno de los rasgos definitivos para ser calificada como una justicia privada en el marco del principio de la autonomía de la voluntad. El hecho de que los árbitros no sean nombrados por las partes le confiere mayor legitimidad al sistema propuesto en el CETA¹⁷²:

“(…) Briefly, this new regime for investor-state dispute settlement consists of a roster of state-appointed arbitrators from which parties may select tribunal

5. Las audiencias serán públicas. El tribunal determinará, en consulta con las partes en la diferencia, las disposiciones logísticas adecuadas para facilitar el acceso del público a dichas audiencias. Si el tribunal determina que es necesario proteger información confidencial o protegida, adoptará las disposiciones necesarias para mantener la privacidad de la parte de la audiencia que requiere tal protección.

6. Ninguna disposición del presente capítulo requerirá que un demandado oculte al público información que deba facilitarse en virtud de sus leyes. El demandado debe aplicar dichas leyes con sensibilidad hacia la protección contra la revelación de la información que haya sido declarada confidencial o protegida.

¹⁶⁹ IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I.: “La firma del Acuerdo Económico ...”, *op. cit.* p. 7.

¹⁷⁰ GALLEGOSUNA, F.: *op. cit.* p.235.

¹⁷¹ *Ibid.* p. 251.

¹⁷² COLLINS, D.: *op. cit.* p. 245.

members. As these individuals are appointed by states rather than by the parties, they have the appearance of judges rather than arbitrators, lending a degree of public legitimacy to the process that many believed was lacking in conventional investor-state dispute settlement arbitration (...)”.

El artículo 8.27 (1-6) del CETA¹⁷³ establece un sistema de doble instancia, en el que el Tribunal se compondrá de quince “miembros” (no se les denomina ni árbitros ni jueces), de los cuales a tenor del artículo 8.27(2) del CETA, cinco serán nacionales miembros de Estados de la UE, otros cinco nacionales de Canadá y los cinco restantes de terceros Estados, su nombramiento le corresponde al Comité mixto del CETA, el mandato se dispone para cinco años, y renovable una vez.

¹⁷³ Artículo 8.27 CETA “1. El tribunal creado con arreglo a la presente sección deberá decidir sobre las demandas que se presenten con arreglo al artículo 8.23.

2. En el momento de la entrada en vigor del presente Acuerdo, el Comité Mixto del CETA nombrará a quince miembros del tribunal. Cinco de los miembros del tribunal serán nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, cinco serán nacionales de Canadá y cinco serán nacionales de terceros países.

3. El Comité Mixto del CETA podrá decidir aumentar o reducir el número de los miembros del tribunal por múltiplos de tres. Los nombramientos adicionales se realizarán en las mismas condiciones que se establecen en el apartado 2.

4. Los miembros del tribunal deberán tener las cualificaciones necesarias en sus países respectivos para el ejercicio de funciones jurisdiccionales, o bien ser juristas de reconocida competencia. Deberán contar con experiencia demostrada en Derecho internacional público. Es conveniente que tengan conocimientos especializados en particular sobre Derecho internacional en materia de inversiones, Derecho mercantil internacional y solución de diferencias que surjan en el marco de acuerdos internacionales de inversión o de comercio.

5. Los miembros del tribunal nombrados con arreglo a la presente sección serán nombrados para un mandato de cinco años, que podrá renovarse una sola vez. No obstante, el mandato de siete de las quince personas nombradas inmediatamente después de la entrada en vigor del presente Acuerdo, que se determinarán por sorteo, se ampliará a seis años. Las vacantes se cubrirán a medida que se produzcan. La persona nombrada para reemplazar a un miembro del tribunal cuyo mandato no haya terminado desempeñará el cargo durante el período que falte para completar el mandato de su predecesor. En principio, cuando expire su mandato un miembro del tribunal que preste servicio en una división del tribunal podrá seguir sirviendo en la división hasta que se emita un laudo definitivo.

6. El tribunal considerará los asuntos en divisiones formadas por tres miembros del tribunal, de los cuales uno deberá ser nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, uno deberá ser nacional de Canadá y uno deberá ser un nacional de un tercer país. La división estará presidida por el miembro del tribunal que sea nacional de un tercer país.

En cuanto a la cualificación profesional de los miembros del Tribunal el artículo 8.27(4) del CETA establece que deben reunir las cualificaciones necesarias en sus Estados respectivos para el ejercicio de funciones jurisdiccionales, o ser juristas de reconocida competencia, y que cuenten en ambos casos con experiencia en Derecho Internacional público, y a ser posible también en Derecho internacional de inversiones¹⁷⁴.

El artículo 8.27(6) del CETA configura el funcionamiento del Tribunal en divisiones formadas por tres miembros, de las que uno será nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, otro nacional de Canadá, y otro nacional de un tercer Estado, que será el presidente del Tribunal..

El dispendio económico que sufren las partes en el sistema de ISDS constituye otro de los elementos principales en la configuración de movimientos reprobatorios y críticos de un modo transversal en la sociedad civil. El gasto soportado por las partes deriva en gran medida de los honorarios de representación y defensa legal y de los propios árbitros, y también como resultado de las elevadas indemnizaciones impuestas en los laudos¹⁷⁵.

La remuneración de los miembros del tribunal se regula en el artículo 8.27 (12 a 15) del CETA¹⁷⁶ y se le otorga la potestad de fijar los honorarios al Comité Mixto del CETA, ya sea mediante una retribución mensual fija o mediante unos honorarios cuando

¹⁷⁴ IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I.: “La firma del Acuerdo Económico ...”, *op. cit.* p. 5.

¹⁷⁵ GALLEGOSUNA, F.: *op. cit.*, p. 237.

¹⁷⁶ Artículo 8.27 CETA “12. A fin de garantizar su disponibilidad, se pagará a los miembros del tribunal unos honorarios mensuales por anticipado que determinará el Comité Mixto del CETA.

13. Los honorarios contemplados en el apartado 12 deberán ser abonados a partes iguales por ambas Partes en una cuenta gestionada por el Secretariado del CIADI. En caso de que una Parte no pague los honorarios, la otra Parte podrá optar por pagar. Los atrasos de este tipo en que incurra una Parte deberán pagarse junto con los intereses correspondientes.

14. Salvo que el Comité Mixto del CETA adopte una decisión con arreglo al apartado 15, el importe de los honorarios y gastos de los miembros del tribunal de una división constituida para considerar una demanda que sean distintos de los honorarios a que se refiere el apartado 12, serán los que se determinen de conformidad con la regla 14, apartado 1, del Reglamento Administrativo y Financiero del Convenio del CIADI en vigor en la fecha de la presentación de la demanda y sean asignados por el tribunal entre las partes en la diferencia, de conformidad con el artículo 8.39.5.

15. El Comité Mixto del CETA, mediante decisión, podrá convertir los honorarios por anticipado y otros honorarios y gastos en un salario habitual, así como decidir las modalidades y condiciones aplicables.

formen parte de un Tribunal concreto. El artículo 8.27(15) del CETA concede la posibilidad al Comité mixto del CETA de convertir estos honorarios en un salario habitual.

En lo que respecta a las costas del proceso, el artículo 8.39(5) del CETA¹⁷⁷ establece que sean soportadas por la parte perdedora¹⁷⁸, y responde al objetivo de eliminar, o por lo menos de limitar el número de demandas frívolas¹⁷⁹ que se concreta tanto en el artículo 8.32(1) del CETA¹⁸⁰ en el que se establece un plazo de treinta días para que el demandado manifieste que la demanda carece manifiestamente de valor jurídico, como en el artículo 8.33(1) del CETA¹⁸¹ que determina que las demandas infundadas como cuestión de Derecho se resolverán como cuestión preliminar.

El riesgo de que estas medidas resulten perniciosas y deriven en un factor desincentivador en lo que respecta a la pequeña y mediana empresa explican lo dispuesto en el artículo 8.39(6) del CETA¹⁸² en cuanto a la posibilidad de que el Comité mixto del

¹⁷⁷ Artículo 8.39(5) CETA “5. El tribunal dictaminará que las costas del procedimiento sean soportadas por la parte perdedora en la diferencia. En circunstancias excepcionales, el tribunal podrá repartir las costas entre las partes en la diferencia si determina que el reparto es apropiado dadas las circunstancias de la demanda. Otras costas razonables, incluidas las de representación y asistencia jurídica, serán soportadas por la parte perdedora en la diferencia, a no ser que el tribunal determine que tal reparto de costas no es razonable dadas las circunstancias de la demanda. En caso de que solo se hayan ganado algunas partes de las demandas, se ajustarán las costas en proporción al número o al alcance de dichas partes de las demandas.

¹⁷⁸ El principio “*Loser pays principle*” frente al principio “*pay your own way*”. Vid. FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “Los mecanismos de solución ...”, *op. cit.* p. 163.

¹⁷⁹ GALLEGO OSUNA, F.: *op. cit.* pp. 238-239. Véase también IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I.: “La firma del Acuerdo ...”, *op. cit.* p. 6.

¹⁸⁰ Artículo 8.32 CETA “1. A más tardar en un plazo de treinta días a partir de la constitución de la división del tribunal y, en cualquier caso, antes de su primera sesión, el demandado podrá interponer la objeción de que una demanda carece manifiestamente de valor jurídico.

¹⁸¹ Artículo 8.33 CETA “1. Sin perjuicio de la autoridad del tribunal de abordar otras objeciones como cuestión prejudicial o del derecho de un demandado a plantear tales objeciones en el momento adecuado, el tribunal abordará y resolverá como cuestión preliminar cualquier objeción por parte del demandado en el sentido de que, como cuestión de Derecho, una demanda, o cualquier parte de ella, presentada con arreglo al artículo 8.23 no es una demanda para la cual pueda dictarse un laudo favorable para el demandante con arreglo a la presente sección, aunque se haya supuesto que los hechos alegados son ciertos.

¹⁸² Artículo 8.39 CETA “6. El Comité Mixto del CETA estudiará normas adicionales destinadas a reducir la carga financiera que pesa sobre los demandantes que sean personas físicas o pequeñas y medianas

CETA determine normas adicionales para aliviar el impacto económico en el caso de que los demandantes sean personas naturales o pequeñas y medianas empresas. En la línea de lo expuesto se encuentra el artículo 8.23(5) del CETA¹⁸³ en el que se recoge la opción de que el demandante solicite que el Tribunal conste de un único miembro, y el Tribunal lo aceptará en caso de que el demandante sea una pequeña o mediana empresa o si la cuantía de la indemnización o de los perjuicios resultan de bajo importe.

El artículo 8.31 del CETA¹⁸⁴ les confiere la posibilidad a las partes de efectuar interpretaciones que resulten vinculantes a los tribunales, con la consecuencia de un mayor control de las partes en la interpretación del texto convencional.

La respuesta a la distorsión de procedimientos que discurran de modo simultáneo se encuentra en el artículo 8.22 del CETA¹⁸⁵ con una configuración determinada por una

empresas. Tales normas suplementarias podrán tener en cuenta, en particular, los recursos financieros de dichos demandantes y el importe de la compensación solicitada.

¹⁸³ Artículo 8.23 CETA” 5. Al presentar su demanda, el inversor podrá proponer que un único miembro del tribunal considere la demanda. El demandado considerará favorablemente tal solicitud, en particular si el inversor es una pequeña o mediana empresa, o si la indemnización o los perjuicios reclamados son relativamente bajos.

¹⁸⁴ Artículo 8.31 CETA “1. Al comunicar su decisión, el tribunal creado con arreglo a la presente sección aplicará el presente Acuerdo interpretándolo de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y con otras normas y principios de Derecho internacional aplicables entre las Partes.

2. El tribunal no será competente para determinar la legalidad de una medida que supuestamente constituya una violación del presente Acuerdo, de conformidad con el Derecho interno de una Parte. Para mayor seguridad, al determinar la compatibilidad de una medida con el presente Acuerdo, el tribunal podrá tener en cuenta, en su caso, el Derecho interno de una Parte como un elemento de hecho. Al hacerlo, el tribunal seguirá la interpretación predominante dada al Derecho interno por los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte, y cualquier sentido que el tribunal haya dado al Derecho interno no será vinculante para los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte.

3. En caso de que surjan problemas graves sobre cuestiones de interpretación que puedan afectar a las inversiones, el Comité de Servicios e Inversión podrá, de conformidad con el artículo 8.44.3.a), recomendar al Comité Mixto del CETA que adopte interpretaciones del presente Acuerdo. Toda interpretación que haya sido adoptada por el Comité Mixto del CETA será vinculante ante el tribunal establecido con arreglo a la presente sección. El Comité Mixto del CETA podrá decidir que una interpretación tenga efecto vinculante a partir de una fecha determinada.

¹⁸⁵ Artículo 8.22 CETA “1. Un inversor solo podrá presentar una demanda de conformidad con el artículo 8.23 si el inversor:

a) ofrece al demandado, junto con la presentación de una demanda, su consentimiento para la

cláusula de renuncia¹⁸⁶ que articula la interacción entre los tribunales internos e internacionales.

3.3. TRIBUNAL DE APELACIONES

El nuevo modelo de la UE apuesta por un sistema de doble instancia¹⁸⁷ compuesto por un Tribunal de Inversiones con funciones de primera instancia (TI) y un Tribunal de Apelación (TA). Para COLLINS¹⁸⁸ el establecimiento de un Tribunal de Apelación supone un hito destacable:

“... Most remarkably, the new system establishes an appeal process from tribunal decisions to a standing body of full-time judges who are also designated by state parties. This is a truly revolutionary feature as investor-state dispute settlement decisions under all other systems had been final.”

solución de la diferencia por el tribunal, de conformidad con los procedimientos establecidos en la presente sección;

b) deja que pasen, como mínimo, ciento ochenta días desde la presentación de la solicitud de consultas y, si procede, como mínimo noventa días desde la presentación de la notificación en la que se solicita que se determine cuál es el demandado;

c) cumple los requisitos de la notificación en la que se solicita que se determine cuál es el demandado;

d) cumple los requisitos relacionados con la solicitud de consultas;

e) no identifica en su demanda una medida que no estaba identificada en su solicitud de consultas;

f) retira o suspende cualquier procedimiento existente ante un tribunal u órgano jurisdiccional con arreglo al Derecho interno o internacional respecto a una medida que supuestamente constituya una infracción mencionada en su demanda; y

g) renuncia a su derecho a iniciar una demanda o un procedimiento ante un tribunal u órgano jurisdiccional con arreglo al Derecho interno o internacional respecto a una medida que supuestamente constituya una infracción mencionada en su denuncia.

¹⁸⁶ FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “Los mecanismos de solución ...”, *op. cit.*, *passim*.

¹⁸⁷ RODRÍGUEZ VICENTE, M.: “¿Es necesario un Tribunal ...”, *op. cit.*, p. 19.

¹⁸⁸ COLLINS, D.: *op. cit.*, pp. 245-246..

Los elementos que resultan más novedosos en la configuración de un Sistema de Tribunales de Inversión en la Unión Europea se regulan en la Sección F (Solución de diferencias en materia de inversiones entre inversores y Estados)¹⁸⁹ del artículo 8 del CETA.

Así, tanto el carácter permanente del Tribunal como la propia introducción de una segunda instancia de apelación se podría interpretar como un cambio definitivo en el propio sistema ISDS que se transforma hacia un sistema judicial. IRURETAGOIENA¹⁹⁰, si bien considera que ciertamente se desdibujan algunos de los rasos del arbitraje de inversiones, de alguna manera “desnaturalizado”, no se puede calificar como un sistema judicial, sino como un sistema “cuando menos híbrido” ya que existen a lo largo del artículo 8 CETA continuas alusiones a las normas del CIADI, las reglas de arbitraje de la CNUDMI o al convenio de Nueva York de 1958.

La idea de establecer un sistema de apelación que ejerza un efecto correctivo sobre las decisiones de los tribunales arbitrales denota de manera nítida un intento de respuesta frente a las numerosas críticas suscitadas en torno al ISDS, y que se puede reducir a la idea de que las decisiones arbitrales forman un cuerpo jurisprudencial carente de homogeneidad¹⁹¹ que adolece de falta de coherencia y las decisiones arbitrales resultan contradictorias entre sí¹⁹² pese a ciertos vestigios de uniformidad. Se aprecia una doble finalidad: por un lado, la pretensión de incrementar la coherencia y previsibilidad del sistema de resolución de conflictos inversor-Estado y, por otro lado, la voluntad de las instituciones comunitarias de configurar el ICS como un sistema de tribunales de justicia públicos, y alcanzar un mayor grado de legitimidad en aras a reducir parte del espíritu crítico que circunda el sistema ISDS¹⁹³. La idea, pese a que no llegó a materializarse ya se había propuesto con anterioridad¹⁹⁴, concretamente en 2004 el CIADI propuso la

¹⁸⁹ Sección F del artículo 8 CETA incluye desde el número 18 a 45.

¹⁹⁰ IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I.: “La firma del Acuerdo Económico ...”, *op. cit.* p.6.

¹⁹¹ PASCUAL, VIVES, F. J.: “Unión Europea e inversiones ...”, *op. cit.*, p. 292.

¹⁹² LÓPEZ BARREIRO, E.: “El mecanismo de apelación en las propuestas de la Unión europea de Tribunal permanente de inversiones” en FACH GÓMEZ, K. et al.: “*La política de la Unión europea en materia de derecho de las inversiones internacionales = EU policy on international investment Law*”, Barcelona, Ed. J.B. Bosch, 2017, pp. 202-205.

¹⁹³ FACH GÓMEZ, K.: “Unión Europea e inversiones internacionales ...” *op. cit.*, pp.295-302.

¹⁹⁴ RODRÍGUEZ VICENTE, M.: “¿Es necesario un Tribunal ...”, *op. cit.*, pp. 17-18.

creación de un mecanismo de revisión de los laudos arbitrales con la finalidad de incrementar la coherencia y previsibilidad de la jurisprudencia en materia de inversiones, pero un año después el CIADI estimó que no existía el respaldo necesario para continuar con la iniciativa.

No resulta baladí destacar que, si bien es cierto que existe un paulatino incremento en la doctrina internacional acerca de la conveniencia de disponer de un mecanismo de apelación en el ISDS en aras a combatir la fragmentación e incoherencia de las decisiones arbitrales, no resulta pacífica la doctrina en lo que respecta al encaje de un mecanismo de apelación en el arbitraje de inversiones¹⁹⁵.

La UE, con la iniciativa de la Comisión Europea y con la ulterior aquiescencia del Parlamento Europeo considera necesaria la introducción de un mecanismo de apelación en el sistema de arbitraje de inversiones tradicional. El funcionamiento del Tribunal de Apelación regulado en el artículo 8.28 CETA debe ser parecido al del órgano de apelación de la organización Mundial del Comercio¹⁹⁶.

Los rasgos definitorios de los miembros del Tribunal de Apelaciones no se regulan específicamente en el CETA, y se le aplicarán las reglas establecidas para el Tribunal de primera instancia¹⁹⁷:

“(...) The dispute settlement system of the CETA establishes the Tribunal of first instance and the Appellate Tribunal. The members of the Appellate Tribunal will be held to comply with the same rules as those that apply to those sitting in the Tribunal of first instance; therefore there is no need to specifically consider them here. Most of the aspects will apply mutatis mutandi to the Appellate tribunal”.

¹⁹⁶ FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “Hacia la creación de ...”, *op.cit.*, p.14.

¹⁹⁷ SCHACHERER, S.: “Independence and impartiality of arbitrators”, *International investment law and the rule of law*, Department of European, International and Comparative Law, Universität Wien, 2018, p. 17. [Consulta 10 de junio de 2018, en línea]. Disponible en <https://eur-int-comp-law.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_deicl/VR/VR_Personal/Reinisch/Internetpublikationen/Schacherer.pdf>.

El artículo 8.29 del CETA¹⁹⁸ explicita el propósito de la Comisión Europea de que se apruebe un Tribunal Multilateral de Inversiones, ya sea como un Tribunal de Apelación Multilateral o como un Tribunal Multilateral de doble instancia, pero de momento entrará en vigor lo dispuesto en el CETA acerca del tribunal de apelación. El artículo 8.28(5) y (7) del CETA¹⁹⁹ establece que le corresponde al Comité Conjunto del CETA fijar el número de miembros del tribunal de apelación, al contrario de lo que sucede con el tribunal cuyo ámbito material, composición, número de miembros, cualificación profesional, etc., lo determina el propio CETA en el artículo 8.27. El artículo 8.30 del CETA²⁰⁰ establece como principios axiológicos los de independencia e imparcialidad, y así se recoge.

¹⁹⁸ Artículo 8.29 CETA “Las Partes perseguirán, junto con otros socios comerciales, la creación de un tribunal multilateral sobre inversiones y de un mecanismo de apelación para la solución de diferencias en materia de inversiones. Al crear tal mecanismo multilateral, el Comité Mixto del AECG adoptará una decisión por la que se establezca que las diferencias en materia de inversiones con arreglo a la presente sección se decidirán con arreglo al mecanismo multilateral, y formulará las disposiciones transitorias oportunas”.

¹⁹⁹ Artículo 8.28 CETA “5. La división del tribunal de apelación que se constituya para considerar el recurso estará formada por tres miembros de dicho tribunal que hayan sido designados de forma aleatoria”.

Artículo 8.28 CETA “7. El Comité Mixto del AECG adoptará con prontitud una decisión por la que se establezcan las siguientes cuestiones administrativas y organizativas relativas al funcionamiento del tribunal de apelación:

- a) el apoyo administrativo;
- b) los procedimientos de apertura y desarrollo de recursos, y procedimientos para remitir cuestiones al tribunal para adaptar el laudo, cuando proceda;
- c) los procedimientos para cubrir una vacante en el tribunal de apelación y en una división del tribunal de apelación que se haya constituido para considerar un asunto;
- d) la remuneración de los miembros del tribunal de apelación;
- e) las disposiciones relativas a los costes de las apelaciones;
- f) el número de miembros del tribunal de apelación; y
- g) cualquier otro elemento que se considere necesario para un funcionamiento eficaz del tribunal de apelación”.

²⁰⁰ Artículo 8.30 CETA “1. Los miembros del tribunal serán independientes. No estarán vinculados a ningún gobierno. No recibirán instrucciones de ninguna organización o gobierno respecto a los asuntos

Uno de los comportamientos más extendidos en la práctica, y asimismo objeto de numerosos reproches por germinar la sospecha en cuanto al comportamiento de los árbitros es el conocido como “*double hat*”²⁰¹, que es prohibido en el artículo 8.30(1) CETA. En este sentido se expresa SCHACHERER²⁰²:

“(...) As has been mentioned before, an issue that has received a lot of attention in the debate on independence and impartiality of arbitrators is the interplay of roles or the changing of hats, the situation in which an individual acts

relacionados con la diferencia. No intervendrán en el examen de ninguna diferencia que pueda generar un conflicto directo o indirecto de intereses. Deberán cumplir las directrices de la International Bar Association (Asociación Internacional de Abogados) sobre los conflictos de interés en el arbitraje internacional, así como cualquier regla suplementaria adoptada con arreglo al artículo 8.44.2. Además, en el momento del nombramiento se abstendrán de actuar como asesores, como expertos nombrados por una parte o como testigos en una diferencia pendiente o nueva sobre inversiones con arreglo al presente Acuerdo o a cualquier otro acuerdo internacional.

2. Si una parte en la diferencia considera que un miembro del tribunal tiene un conflicto de intereses, podrá pedir al presidente de la Corte Internacional de Justicia que emita una decisión sobre la recusación del nombramiento de dicho miembro. Los posibles anuncios de recusación deberán ser enviados al presidente de la Corte Internacional de Justicia en un plazo de quince días a partir de la fecha en la que se comunicó a la parte en la diferencia la composición de la división del tribunal, o en un plazo de quince días a partir de la fecha en la que se enteró de los hechos pertinentes, en caso de que no hubiera sido razonablemente posible que los conociera en el momento de la composición de la división. El anuncio de recusación deberá exponer los motivos de la recusación.

3. Si, en un plazo de quince días a partir de la fecha del anuncio de recusación, el miembro del tribunal recusado ha optado por no dimitir de la división, el presidente de la Corte Internacional de Justicia, después de recibir los escritos de las partes en la diferencia y de dar al miembro del tribunal la oportunidad de presentar observaciones, podrá emitir una decisión sobre la recusación. El presidente de la Corte Internacional de Justicia procurará emitir la decisión y notificar a las partes en la diferencia y a los demás miembros de la división en un plazo de cuarenta y cinco días desde la recepción del anuncio de recusación. La vacante resultante de una inhabilitación o dimisión de un miembro del tribunal será cubierta con rapidez.

4. Tras una recomendación motivada del presidente del tribunal, o por iniciativa conjunta, las Partes, mediante decisión del Comité Mixto del AECG, podrán destituir a un miembro del tribunal en caso de que su comportamiento sea incompatible con las obligaciones establecidas en el apartado 1 y con su continuación como miembro del tribunal.

²⁰¹ Práctica del doble sombrero, la posibilidad de que los miembros del tribunal actúen como asesores, como expertos nombrados por una parte o como testigos en una diferencia pendiente o nueva sobre inversiones.

²⁰² SCHACHERER, S.: *op. cit.* p.19.

both as counsel an arbitrator in different proceedings. The CETA addreses this issue as it contains an exclusion for Tribunal Members to act as counsel or as party-appointed expert or witness in any pending or new investment dispute under CETA or any other international agreement (...)".

3.4 ANÁLISIS DE LA POSIBLE INCOMPATIBILIDAD DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE INVERSIONES CON EL DERECHO COMUNITARIO

La adquisición de la competencia exclusiva en materia de inversiones extranjeras directas tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y según lo dispuesto en el artículo 207 TFUE²⁰³. La UE ha sido proactiva en la búsqueda de Acuerdos de Libre Comercio, en los que la cuestión de las inversiones extranjeras ocupa un lugar preminente en la negociación y aprobación.

Precisamente, y así se ha explicado en el presente trabajo, la inclusión del arbitraje de inversiones tanto en el CETA, como en el ALC UE-Singapur, y en el Acuerdo de Libre Comercio con Vietnam ha suscitado enconados debates acerca de la conveniencia del mismo como mecanismo de resolución de controversias²⁰⁴.

Deben prevalecer siempre los principios de autonomía y primacía, y eso deviene en que ningún otro órgano jurisdiccional distinto del TJUE a tenor del artículo 19.1 TFUE²⁰⁵ tenga la potestad de supeditar a la UE mediante una interpretación divergente

²⁰³ Vid. Nota 85.

²⁰⁴ LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. M.: *op. cit.*, pp. 30-31.

²⁰⁵ Artículo 19 TUE "1. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados. Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados. Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión".

del Derecho de la Unión²⁰⁶. Se pretende conservar en compartimentos separados el derecho de la UE y el derecho de inversiones²⁰⁷.

Ello explica que no se le permita al Tribunal permanente de inversiones acudir al derecho interno para determinar la legalidad de una cuestión concreta, y el derecho interno queda relegado a una perspectiva incidental y fáctica, a tenor del artículo 8.31 del CETA²⁰⁸.

Otros aspectos del modelo del CETA que plantean dificultades de encaje desde el punto del derecho de la Unión son: en primer lugar el Dictamen 2/15 de 16 de mayo de 2017 relativo a la competencia para firmar y ratificar el Acuerdo de libre comercio con Singapur que fue objeto de análisis *supra*²⁰⁹, y en segundo término la solicitud por el Reino de Bélgica en virtud del artículo 218.11 TFUE del Dictamen 1/17²¹⁰ sobre el CETA en lo relativo a la Sección F del Capítulo 8 del CETA, respecto a la compatibilidad del sistema de tribunales de inversión en el CETA con el derecho de la Unión Europea, cuya explicación detallada se aborda *infra*.

²⁰⁶ LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. M.: *op. cit.*, pp. 61 y 62.

²⁰⁷ *Ibid.* p. 49.

²⁰⁸ Artículo 8.31 CETA: 2. El tribunal no será competente para determinar la legalidad de una medida que supuestamente constituya una violación del presente Acuerdo, de conformidad con el Derecho interno de una Parte. Para mayor seguridad, al determinar la compatibilidad de una medida con el presente Acuerdo, el tribunal podrá tener en cuenta, en su caso, el Derecho interno de una Parte como un elemento de hecho. Al hacerlo, el tribunal seguirá la interpretación predominante dada al Derecho interno por los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte, y cualquier sentido que el tribunal haya dado al Derecho interno no será vinculante para los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte.

²⁰⁹ *Vid.* Epígrafe 3.2.2.

²¹⁰ Solicitud de Dictamen presentado por el Reino de Bélgica ante el Tribunal de Justicia. Dictamen 1/17, (2017/C369/02). Disponible en <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62017CU0001&from=ES>>.

3.4.1. Anulación de los arbitrajes de inversiones por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

No resulta pacífica la cuestión relativa a si el derecho europeo resulta aplicable entre los inversores europeos y los Estados miembros y si el TJUE dispone de competencia exclusiva. El artículo 19.1 del TUE le confiere al TJUE la obligación de velar por la observancia del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados. A tenor del artículo 344 TFUE²¹¹ las controversias entre Estados miembros, y entre estos y la UE no se pueden someter a otro procedimiento diferente al previsto en el Tratado mismo.

El punto de desencuentro entre la Comisión Europea y los Tribunales arbitrales se sitúa en si se interpreta de manera laxa el artículo 344 TFUE, y se incluyen las disputas entre Estados y personas físicas o jurídicas²¹². Parte de la doctrina y tribunales arbitrales sostienen que el artículo 344 TFUE no es de aplicación en el caso de Tratados bilaterales de inversión intracomunitarios.

Todo lo señalado *infra* aporta el contexto y las claves para discernir la relevancia de la Sentencia de 6 de marzo de 2018 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-284/16)²¹³, y que resuelve sobre los arbitrajes de inversiones intracomunitarios que resultan contrarios al Derecho de la Unión Europea y en el fallo declara que “Los artículos 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de un tratado internacional celebrado entre Estados miembros, como el artículo 8 del Tratado para el Fomento y la Protección Recíprocos de las Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca, conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este

²¹¹ Artículo 344 TFUE “Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos”.

²¹² FARHADI A. *et al.*: *op. cit.* pp. 61-62.

²¹³ ECLI:EU:C: 2018:158. Disponible en

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=ES&>
>.

último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro.”.

La relevancia de esta sentencia (conocida jurídicamente como *Achmea*) resulta incuestionable por dos motivos: por un lado, ya que afecta a la propia legitimidad de los arbitrajes de inversiones intracomunitarios, y por otro por la incorporación de cláusulas de arbitrajes de inversiones a los Tratados que suscribe la Unión Europea.

La Comisión Europea se ha mostrado contraria a la inclusión del arbitraje de inversiones en los Tratados Bilaterales intracomunitarios, entre Estados miembros de la Unión Europea, ya que entiende que resultan incompatibles con el Tratado de Lisboa²¹⁴. La Comisión Europea ha sido explícita y contundente en numerosos procedimientos arbitrales relativos a un Tratado intra-UE en los que siempre ha mantenido la primacía del derecho europeo y su prevalencia sobre toda disposición de derecho interno o vinculante para los Estados miembros²¹⁵.

La personación en la causa mediante las observaciones presentadas por 16 Estados miembros alineados en dos posiciones revela la importancia crucial para el devenir del propio proceso de integración europea del arbitraje de inversiones intracomunitario.

Así, los países que suelen ser de origen de los inversores, y que ocasionalmente son demandados en instancias arbitrales, se alinean con la posición de la empresa *Achmea*, y se muestran favorables a la cláusula objeto de controversia, y de modo más general, a la compatibilidad del arbitraje de inversiones intracomunitario, incluido en los 196 TBI en vigor entre Estados miembros de la UE con el Tratado de Lisboa²¹⁶.

Los once Estados miembros que apoyaron la posición del Gobierno eslovaco son aquellos países más demandados en procedimientos de arbitraje de inversiones intracomunitarios²¹⁷. No resulta osado inferir que estos once países se posicionaron en defensa de unos intereses particulares que iban más allá de la sentencia *Achmea*.

²¹⁴ “Los recelos sobre el arbitraje de inversiones”. Diario CINCO DÍAS, 8 de junio de 2018, [consulta 12 de junio de 2018, en línea]. Disponible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2016/12/07/economia/1481128349_743128.html.

²¹⁵ FARHADI A. *et al.*: *op. cit.* p. 58.

²¹⁶ Alemania, Francia, Holanda, Austria y Finlandia.

²¹⁷ España (con 33 demandas en procedimientos de arbitraje de inversiones con inversores de la UE), República Checa (con 26), Polonia y Hungría (11 cada uno) Italia y Eslovaquia (9 cada uno), Rumanía (4), Grecia, Estonia y Chipre (3 cada uno), y Letonia (2).

Argumentaban la primacía del Derecho comunitario, y que no podía ser desvirtuarse al acudir a Tribunales de arbitraje.

España es parte demandada en 40 procedimientos de arbitraje²¹⁸ iniciados por inversores extranjeros relativos a la controversia por los recortes del Gobierno español a las energías renovables. La cuantía de las reclamaciones realizadas por inversores extranjeros por los recortes en las subvenciones a las energías renovables en España entre 2010 y 2013 asciende a 7.565,8 millones de euros²¹⁹.

Se plantea un conflicto entre el derecho comunitario y los arbitrajes internacionales, ya que España a tenor de la Sentencia de 6 de marzo de 2018 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-284/16) considera que la Carta de la Energía tiene una naturaleza similar al Tratado bilateral entre Holanda y Eslovaquia, y así España presentó una solicitud ante la Corte de Apelación de Suecia para que, a tenor de la sentencia de 6 de marzo de 2018 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-284/16), y en relación con el arbitraje suspendió la ejecución del laudo de arbitraje entre la luxemburguesa Novenergia y España, que condenaba a esta última a indemnizar a la energética con 53,3 millones de euros., remitiera el procedimiento al TJUE si la propia Corte sueca llegara a la conclusión de que el Tratado de la Carta de la Energía es aplicable. En definitiva, la pretensión de España es que el TJUE determine si la cláusula de arbitraje incluida en el Tratado de la Carta de Energía resulta operativa o no, a tenor de la sentencia de 6 de marzo de 2018 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-284/16).

En la misma línea argumental, DELGADO CASTELEIRO²²⁰ establece una analogía entre el TBI y el Tratado para la Carta de la Energía -acuerdo mixto suscrito por

²¹⁸ Los arbitrajes se sustanciarán en el CIADI, en la Cámara de Comercio de Estocolmo, y en la CNUDMI.

²¹⁹ “Los fondos extranjeros reclaman 7566 millones por las primas de las renovables”. en Diario EL PAÍS, 10 de noviembre de 2017, [consulta 10 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <https://elpais.com/economia/2017/11/10/actualidad/1510308759_155521.html>; “La justicia europea rechaza los tribunales de arbitraje para conflictos bilaterales en la UE”, Diario EL PAÍS, 6 de marzo de 2018, [consulta 10 de junio de 2018, en línea]. Disponible en <https://elpais.com/economia/2018/03/06/actualidad/1520355540_345183.html>.

²²⁰ DELGADO CASTELEIRO, A.: “El fin de los TBI intra-UE: una breve reflexión sobre la sentencia Achmea”, blog Aquiescencia, 8 de marzo de 2018, [consulta 10 de junio de 2018, en línea]. Disponible en <<https://aquescencia.net/2018/03/08/el-fin-de-los-tbi-intra-ue-una-breve-reflexion-sobre-la-sentencia-achmea/>>.

la UE y sus Estados miembros ya que considera que el elemento fáctico de la sentencia de 6 de marzo de 2018 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-284/16) resulta idéntico a los procedimientos de arbitrajes de inversiones en relación a energías renovables. La cuestión nuclear y análoga en ambos Tratados es que ambos contienen una cláusula de arbitraje de inversiones en una disputa intracomunitaria.

El Reino de Bélgica solicitó en virtud del artículo 218.11 TFUE el Dictamen 1/17²²¹ sobre el CETA en lo relativo a la Sección F del Capítulo 8²²², cuya cuestión se reproduce de manera literal:

“¿Es compatible con los Tratados, incluidos los derechos fundamentales, el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Bruselas el 30 de octubre de 2016, en lo que atañe a la sección F (Solución de diferencias en materia de inversiones entre inversores y Estados) de su capítulo ocho (Inversiones)?”.

Cabe destacar un artículo de FACH GÓMEZ²²³ en el que considera estrecha la relación entre diversidad e independencia y entiende que la solicitud del Dictamen 1/17, y particularmente relevante si el nombramiento de miembros del Tribunal de primera instancia y el de Apelación es compatible con el derecho a un juez imparcial e independiente:

“(...) The close connection between diversity and Independence in the context of a future MIC was recently raised by the Belgium government in a request for a European Court of Justice on whether the investment court system (ICS) established in CETA is compatible with EU law. More specifically, an opinion is pending on whether appointing CETA members to the tribunal and the

²²¹ Solicitud de Dictamen presentado por el Reino de Bélgica ante el Tribunal de Justicia. Dictamen 1/17, (2017/C 369/02). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62017CU0001&from=ES>.

²²² Sección F “Solución de diferencias en materia de inversiones entre inversores y estados”, artículo 8, apartados 18-45 del Capítulo 8 “Inversiones”.

²²³ FACH GÓMEZ, K.: “Diversity and the principles of Independence and impartiality in the future Multilateral Investment Court (MIC)”, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Nº 1, 2018, pp.3-4. [En línea], [Consulta 20 de abril de 2018]. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3100951_code1127096.pdf?abstractid=3165462&mirid=1.

appeals body is consistent with the right to an independent and impartial judiciary (...)”.

El Dictamen 1/17 sobre el CETA será crucial en la supervivencia de un Tribunal permanente de inversiones, y en la aspiración de la UE y de Canadá del establecimiento de un tribunal multilateral de inversiones, cuyo análisis se aborda en el siguiente epígrafe. Cabe destacar, según lo dispuesto en el artículo 218.11 TFUE, en caso de resultar incompatible la Sección F (Solución de diferencias en materia de inversiones entre inversores y Estados) del Capítulo 8 (Inversiones) del CETA con los Tratados de la UE no entrarán en vigor, con la salvedad de que se modifiquen los Tratados (posibilidad remota por las disensiones resultado de los múltiples intereses dentro de la UE) o se renegocie el propio CETA, con las dificultades explicadas *supra*²²⁴ en el proceso de negociación y aprobación, añadidas a la propia legitimidad que el Dictamen 1/17 sobre el CETA pudiera darle a los diferentes estratos de la sociedad civil que se han mostrado contrarios y renuentes a la existencia de un mecanismo de arbitrajes de inversiones dentro de la UE.

4. SISTEMA MULTILATERAL DE INVERSIONES

El artículo 8.29 del CETA establece una hoja de ruta en aras de conseguir un acuerdo para la creación de un tribunal multilateral sobre inversiones y de un mecanismo de apelación para la solución de diferencias en materia de inversiones. Se establece como una obligación para todas las partes, no como una mera obligación, a juicio de OLMOS GIUPPONI²²⁵:

“(...) Finally, there is a commitment expressed by the eu and Canada to work together with other relevant states to set up a permanent multilateral investment court with its respective standing apellate mechanism. This

²²⁴ Vid. Epígrafe 3.2.

²²⁵ OLMOS GIUPPONI, B.: “La política de la Unión Europea en materia de inversiones internacionales” en FACH GÓMEZ, K. (ed.): “La política de la Unión europea en materia de derecho de las inversiones internacionales = EU policy on international investment Law”, Barcelona, Ed. J.B. Bosch, 2017, p. 261.

commitment is more than a mere declaration as it is enshrined in the treaty as an obligation for all the parties”

La obligación de crear un Tribunal multilateral de inversiones no se incluía en el texto aprobado por las partes el 26 de septiembre de 2014, y su inclusión en la versión definitiva obedece a un intento de dar respuesta a las exigencias de transparencia demandadas por la sociedad civil.²²⁶

La Comisión Europea²²⁷ ha trabajado en esta dirección desde 2015, y en su página web se detallan las razones que justifican la creación de un sistema multilateral de inversiones:

“The overall objective for creating a Multilateral Investment Court is to set up a permanent body to decide investment disputes. It would build on the EU's groundbreaking approach on its bilateral FTAs and be a major departure from the system of investor-to-State dispute settlement (ISDS) based on ad hoc commercial arbitration.

The EU is the world's largest exporter and importer of foreign direct investment. Investment, both inward and outward, brings jobs and economic growth. That's why encouraging and retaining investments is vital for ensuring economic growth and jobs in the EU.

International investment rules and international investment dispute settlement have a role to play in encouraging and retaining investment. So it's in the EU's interest to ensure that the resolution of investment disputes operates effectively on an international level.

The EU is pursuing a modern and reformed approach to investment dispute resolution. However, most of the more than 3200 existing investment agreements – including the over 1400 agreements concluded by EU Member States – don't contain the innovations and improvements the EU has developed in its recent investment negotiations. The Multilateral Investment Court would have the

²²⁶ PASCUAL VIVES, F.: “El futuro del ...”, *op. cit.*, p. 18.

²²⁷ European Commission, *The Multilateral Investment Court project*. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea] Disponible en <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1608>>.

potential to replace the dispute settlement provisions included in those older agreements”.

La idea recurrente por parte de la Comisión Europea que se manifiesta en numerosa documentación, y en conversaciones iniciadas por la Unión Europea es la creación de un órgano permanente y multilateral para resolver disputas relativas a inversiones que reemplace al sistema ISDS, a tenor de lo dispuesto en los Tratados de inversión vigentes y futuros. La intención de la Comisión Europea es que este Tribunal multilateral de inversiones tenga alcance global, y en lo que respecta a la Unión Europea sustituya a los Tribunales de inversiones bilaterales incluidos en recientes Tratados de comercio e inversión suscritos por la Unión Europea²²⁸. En esta línea se expresa TITI²²⁹:

“(…) Multilateral dispute resolution mechanisms have already been considered in the European Commission’s concept paper of May de 2015, which explained that the reforms proposed there were meant as stepping stones toward the establishment of a multilateral system (…)

(…) The Union’s goal is to merge in the future all bilateral courts into a multilateral court system that it works to set up in parallel (…)”.

El Consejo en una Decisión de 13 de septiembre de 2017²³⁰ autoriza a la Comisión Europea a “entablar negociaciones, en nombre de la Unión, sobre un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia

²²⁸ FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “Los mecanismos de solución ...”, *op. cit.*, p. 169-170.

²²⁹ TITI, C.: “Procedural multilateralism and multilateral investment court” en Forthcoming, FAHEY, E. (ed.): *Institutionalisation Beyond the Nation State: Transatlantic Relations – Data Privacy and Trade Law*, Springer (2017/2018). [Consulta 20 de abril de 2018, en línea]. Disponible en <https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2971887_code2458582.pdf?abstractid=2971887&mirid=1>.

²³⁰ COM (2017) 493 final, Consejo, Decisión del Consejo por la que se autoriza la apertura de negociaciones sobre un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones, 13 de septiembre de 2017. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0493&from=ES>>.

de inversiones”²³¹. La Exposición de motivos fija los objetivos que se pretenden alcanzar con esta iniciativa:

“Con la iniciativa de un tribunal multilateral de inversiones se aspira a crear un marco de solución de diferencias internacionales en materia de inversiones que sea permanente, independiente y legítimo; previsible por su jurisprudencia reiterada; que permita apelar las decisiones; eficaz en función de los costos; dotado de procedimientos transparentes y eficaces, y que posibilite la intervención de terceros (por ejemplo, organizaciones medioambientales o laborales interesadas). Debe garantizarse la independencia del tribunal mediante estrictos requisitos de ética y de imparcialidad, nombramientos no prorrogables, dedicación a tiempo completo de los árbitros y mecanismos independientes para su nombramiento”.

Igualmente se detalla en la Exposición de Motivos el ambiente crítico en que se incardina la inclusión del sistema ISDS en los acuerdos de comercio e inversión:

“En los últimos años, la inclusión de la solución de diferencias entre inversores y Estados (ISDS) en los acuerdos de comercio e inversión ha ido estando cada vez más sometida a mayor control público y cuestionamiento. Diversos problemas se han considerado resultantes de la ISDS, que se basa en los principios del arbitraje. Entre ellos cabe señalar su falta, total o en parte, de legitimidad, coherencia y transparencia, así como la ausencia de posibilidad de control”.

La pretensión de aumentar la coherencia y homogeneidad en la aplicación de los distintos Acuerdos de inversión y la reducción de los costes de la solución de diferencias se configuran como dos objetivos nucleares para el éxito de la iniciativa²³². La naturaleza multilateral del tribunal ejerce una fuerza centrípeta que coadyuvará a la supresión de la fragmentación que deviene por la existencia de tribunales permanentes de inversiones que se ocupan de la interpretación de cada Acuerdo bilateral de inversiones. La fusión de los distintos tribunales en uno de mayor envergadura se traduce en un descenso de los costes, ya que desaparecen numerosos órganos de los distintos tribunales.

²³¹ *Ibid*, artículo 1.

²³² LÓPEZ BARREIRO, E.: *op. cit.*, pp. 221-222

El objetivo de mejorar la aceptación y la legitimidad de un nuevo mecanismo de resolución de disputas entre inversor-Estado avanza en paralelo a las exigencias de una parte cada vez más numerosa y transversal de la sociedad civil, y en la opinión de JANSEN CALAMITA²³³ resulta determinante en la iniciativa de la Unión Europea y Canadá, junto con otros socios comerciales de la creación de un tribunal multilateral sobre inversiones y de un mecanismo de apelación para la solución de diferencias en materia de inversiones:

“In the wake of the EUs conclusion of bilateral agreements containing its new model of ISDS, the EU, working with Canada, has begun efforts to multilateralize this new investment tribunal system. “

Resulta destacable la fuerte y proactiva colaboración de Canadá con la Comisión europea en la etapa de diálogo político con otros países para convencerlos de las bondades de la creación de un Tribunal multilateral de inversiones, y más si cabe si se tiene en cuenta el alineamiento de Canadá con la defensa del arbitraje de inversiones mediante su expresa inclusión en Acuerdos Internacionales en las últimas décadas. El giro de ciento ochenta grados de Canadá se produce tras la aceptación de un nuevo sistema de resolución de conflictos en el CETA, y en ese sentido debe interpretarse el artículo 8.29 del CETA.

Aunque no existe un reconocimiento explícito, se infiere el propósito de que el nuevo sistema mimetice en las cuestiones nucleares lo previsto en el CETA, No obstante, y dado el carácter bilateral del CETA en contraposición a la naturaleza multilateral del nuevo Tribunal deben modificarse algunas cuestiones²³⁴. Así se apunta en la *Fact Sheet* de la Comisión Europea de 13 de diciembre de 2016²³⁵:

“However, negotiations in a multilateral context raise a number of specific issues such as scope of the tribunal, membership, appointment of adjudicators, geographical balance, permanency, enforcement, cost allocation and location which are not necessarily the same and cannot necessarily be dealt with in the

²³³ JANSEN CALAMITA, N.: *op. cit.* p.615

²³⁴ *Ibid*, p.171.

²³⁵ European Commission - Fact Sheet. A future multilateral investment court, 13 December 2016. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <[http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-16-4350_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-4350_en.htm)>.

same way as in a bilateral context. The discussions will be precisely about these issues”.

No resulta baladí un par de apuntes tangenciales en torno a la creación de tribunales permanentes para la solución de disputas relativas a inversiones extranjeras: por un lado, en ámbitos regionales, se encuentran intentos de constitución de tribunales permanentes para dirimir controversias en torno a inversiones extranjeras, y, por otro lado, el devenir histórico de sectores del ordenamiento internacional caracterizados por una alta especialización, como el Derecho Internacional del mar o el Derecho Internacional de los derechos humanos, ha transcurrido en la línea de reemplazar de manera paulatina el arbitraje de inversiones por órganos judiciales de carácter permanente²³⁶.

A juicio de PASCUAL-VIVES²³⁷ la creación de un Tribunal permanente de inversiones (por sus siglas inglesas MIC) supone un paso relevante en la especialización y evolución del Derecho internacional de inversiones, pero no lo considera una demolición del sistema de arreglo de disputas relativas a inversiones extranjeras. Igualmente aprecia como factores inextricablemente ligados la especialización normativa, por un lado, y del otro la creación de órganos judiciales permanentes en sustitución del arbitraje²³⁸. No obstante, estima que el contexto en el que la Unión Europea pretende materializar esta iniciativa se ha revelado sumamente hostil y adverso, fruto de un consenso insuficiente para una iniciativa de alcance global, y advierte que el crecimiento intenso de la institucionalización del Derecho internacional de inversiones aconseja no descartar su posible creación²³⁹.

Si bien es posible inferir cierta crítica al momento elegido por la Unión Europea, no resulta óbice para que se resalte el enorme desafío y la estupenda oportunidad para encabezar el proceso de reforma de los sistemas de solución de disputas relativas a inversiones extranjeras.

²³⁶ PASCUAL-VIVES.: “¿Hay alternativas al arbitraje ...” en FACH GÓMEZ, K. et al.: “*La política de la Unión europea en materia de derecho de las inversiones internacionales = EU policy on international investment Law*”, Barcelona, Ed. J.B. Bosch, 2017, pp. 191-192.

²³⁷ *Ibid.* p. 192.

²³⁸ *Ibid.* p.199.

²³⁹ PASCUAL, VIVES, F. J.: “Unión Europea e inversiones ...”, *op. cit.*, p. 294.

Entre el elevado número de incógnitas que pululan sobre el proceso de creación de un tribunal multilateral de inversiones, lo que sí se manifiesta de manera nítida es el propósito firme de la Comisión Europea de llevarlo a cabo²⁴⁰.

Uno de los interrogantes con respecto al contenido de Acuerdos de la Unión Europea se plantea con respecto a China, ya que se trata del segundo país con más AII en vigor tras Alemania, y los negociadores chinos fijan como irrenunciable la inclusión del arbitraje de inversiones como método de resolución de controversias inversor-Estado²⁴¹.

Otro de los interrogantes que se plantea es si la Comisión Europea será capaz de ejercer un liderazgo político suficientemente relevante para convencer a otros negociadores de Acuerdos de inversiones a escala mundial de la necesidad de la creación de un Tribunal multilateral de inversiones.

Una cuestión de carácter procesal que plantea JANSEN CALAMITA²⁴² es la intención de la Unión europea y la Canadá de incluir un mecanismo de ejecución similar al de los artículos 53 y 54 del CIADI²⁴³:

“(...) In other statements, the EU and Canada have gone further and taken the position that a future multilateral tribunal system should include a mechanism of enforcement comparable to that of ICSID (that is, with no review at the domestic level given the appellate mechanism) (...)”.

A día de hoy, no se dispone de un respaldo fáctico ni jurídico para determinar si la UE y Canadá serán capaces de generar el apoyo suficiente de un número relevante de países, y así lo expresa en sus conclusiones JANSEN CALAMITA²⁴⁴:

“(...) As of the date of this article, it is not clear whether the EU’s and Canada’s proposal for a multilateral investment tribunal will generate significant support among States”.

En este sentido, parece existir una considerable renuencia de sujetos tan relevantes en el ordenamiento internacional como Japón, EE. UU. y China a la creación

²⁴⁰ LÓPEZ BARREIRO, E.: *op. cit.*, pp. 221-222.

²⁴¹ FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “Hacia la creación de ...”, *op. cit.*, *passim*.

²⁴² JANSEN CALAMITA, N.: *op. cit.* p. 616.

²⁴³ *Vid.* Notas 43 y 44 respectivamente.

²⁴⁴ JANSEN CALAMITA, N.: *op. cit.* p. 624.; *Vid.* TITI, C.: *op.cit.*, *passim*.

de un Tribunal multilateral de inversiones, y sí se muestran proclives a la modificación del actual sistema de ISDS²⁴⁵. El aforismo latino *cui prodest* aporta la clave para comprender la postura de EE. UU., que no había perdido ningún arbitraje con el sistema actual de ISDS²⁴⁶.

5. CONCLUSIONES

En primer lugar, resulta incontrovertido y objetivamente cuantificable el incremento de la utilización del arbitraje de inversiones en los últimos veinticinco años de una manera exponencial. Como soporte a dicha aseveración se ha estudiado la evolución del arbitraje de inversiones, y de forma más detallada el sistema para la resolución de controversias entre inversor y Estado (ISDS).

El rechazo de Estados latinoamericanos a los ISDS en el CIADI se ha traducido en la denuncia del Convenio del CIADI por Venezuela, Bolivia y Ecuador. No resulta baladí mencionar que la renuencia inicial de los Estados latinoamericanos al arbitraje de inversiones extranjeras no ha disminuido, sino que ha aumentado de manera paralela a la cantidad de casos en que los Estados latinoamericanos han sido demandados.

Más allá de las deficiencias que haya mostrado el CIADI en su funcionamiento, no se puede obviar cierta artificiosidad en la construcción de un relato fáctico que se adecúe a una posición ya fijada de inicio por los movimientos antiglobalización, en la que el arbitraje de inversiones es considerado: por un lado, un mecanismo para perpetuar el modelo capitalista y neoliberal, y en segundo término un ataque contra la soberanía de los Estados, en cuanto que muchos Estados resultan demandados por el ejercicio legítimo de la potestad ejecutiva y legislativa al respecto de materias como medio ambiente, sanidad, derechos laborales, o cualesquiera otra de interés público.

El sesgo ideológico de la posición de algunos movimientos antiglobalización no es óbice para que en el presente trabajo se detallen (con más o menos acierto) las

²⁴⁵ RODRÍGUEZ VICENTE, M.: *op.cit.*, p. 23.

²⁴⁶ TITI, C.: *op.cit.*, *passim*.

deficiencias del CIADI; ya que obviarlas determinaría el mismo error de análisis al servicio de unas ideas ya establecidas. La naturaleza de las conclusiones de un trabajo como el presente impide que se incida de manera minuciosa en el detalle de las deficiencias del sistema ISDS, pero sí resulta pertinente resaltar la corriente de críticas, más o menos interesadas, al sistema ISDS.

La inclusión del sistema de inversiones extranjeras en el CETA constituye el objeto principal del presente trabajo. Cabe destacar algunas reflexiones relevantes de contenido formal y material.

Desde un punto de vista formal, la negociación del CETA se extendió durante siete años, lo que da muestra tanto de la relevancia del Acuerdo como de las dificultades para su aprobación. En primer lugar, la necesidad de la Unión de configurar alternativas que concilien el principio de confidencialidad a la hora de negociar acuerdos internacionales con dos de los principios axiológicos de la Unión, los de transparencia y publicidad.

En segundo término, el carácter de acuerdo mixto del CETA, con la necesaria aprobación de las instituciones comunitarias y de los parlamentos nacionales, pese a las reticencias iniciales de la Comisión Europea. En este sentido el Dictamen 2/15 considera que el ALC UE-Singapur, tal y como se le presenta para su valoración, “sólo puede ser celebrado conjuntamente por la Unión europea y sus miembros”. Cualquier Acuerdo Internacional que suscriba la Unión, y que incluya el mecanismo de solución de disputas relativas a inversiones extranjeras debe ser celebrado como un acuerdo mixto.

Las críticas cada vez más transversales y virulentas durante la negociación del TTIP tuvieron un efecto transformador en la configuración del sistema de arbitraje de inversiones extranjeras en el CETA. La Unión reaccionó articulando un sistema con innovaciones formales y materiales que suponen un perfeccionamiento del sistema ISDS en sus aspectos más controvertidos, como el nombramiento de los árbitros por las partes, y la endogámica sinergia del sistema ISDS que propiciaba la práctica del *double hat*.

La aspiración de la UE y Canadá de establecer un Tribunal de inversiones de carácter multilateral refleja un deseo de la Unión de encabezar un cambio de modelo de sistema de solución de disputas relativas a inversiones extranjeras frente al sistema ISDS existente defendido por EE. UU., ya sea por intereses propios o por convencimiento. Subyace en esta posición comunitaria la pretensión de erigirse en un actor ineludible para

el establecimiento de las redes globales de inversión dado su carácter de gran mercado mundial de consumo y de capitales.

El CETA configura una regulación pormenorizada que hasta el momento poseía un carácter jurisprudencial, ambiguo y poco definido, y que con el tratado pasa a ser recogido como norma de alcance general, al generar una mayor seguridad jurídica que la mera superposición de laudos arbitrales en base a las disposiciones excesivamente abstractas de los APPRI, lo que se traduce en un efecto codificador que elude la regulación *ex novo* de conceptos ya asentados en el área del Derecho internacional de inversiones.

De este modo, el resultado de las negociaciones entre Canadá y la Unión Europea germina en un tratado que resuelve la conflictividad y aleatoriedad generada por los sistemas arbitrales, sin devaluar con ello los principios vertebradores del sistema anterior vigente en el ISDS pese a la reforma extensa e intensiva de los procedimientos, y a dotar de una regulación sustantiva más pormenorizada y adaptada a las principales objeciones atribuidas a estos sistemas en el tejido de la sociedad civil de los países comunitarios.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALBI, A.: “Nota legal sobre la protección de inversiones y los mecanismos de resolución de controversias entre inversores y estados del TTIP y CETA” en *STOP TTIP* [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en < <https://stop-ttip.org/wp-content/uploads/2016/10/13.10.16-Legal-Statement-1.pdf> >.
- ANDRÉS SÁEZ DE SANTAMARÍA, P.: “La Unión Europea y el Derecho de los Tratados: una relación compleja”, *REDI*, vol. 68, N° 2, 2016, pp. 64 y ss.
- CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Arbitraje internacional de inversiones y “Derecho a regular” de los Estados: el nuevo enfoque comunitario en la negociación del TTIP”, en la *Revista española de Derecho Europeo*, N.º 58(2016), pp. 13-45.
- COLLINS, D.: *An Introduction to International Investment Law*. Cambridge University Press, 2017.
- DELGADO CASTELEIRO, A.: “El fin de los TBI intra-UE: una breve reflexión sobre la sentencia Achmea”, blog *Aquiescencia*, 8 de marzo de 2018, [consulta 10 de junio de 2018, en línea]. Disponible en < <https://aquiescencia.net/2018/03/08/el-fin-de-los-tbi-intra-ue-una-breve-reflexion-sobre-la-sentencia-achmea/> >.
- EBERHARDT, P.: “La protección de las inversiones en una encrucijada”. [En línea] en *Friedrich-Ebert-Stiftung*. [Consulta: 8 de marzo de 2018]. Disponible en < <http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/11011.pdf> >.
- FACH GÓMEZ, K.: “Diversity and the principles of Independence and impartiality in the future Multilateral Investment Court (MIC)”, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, N° 1, 2018, pp.1-28. [En línea], [Consulta 20 de abril de 2018]. Disponible en < https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3100951_code1127096.pdf?abstractid=3165462&mirid=1 >.
- FACH GÓMEZ, K.: “Inversiones internacionales y corrupción en América latina: la función del arbitraje de inversiones en el avance de la institucionalidad democrática (International Investments and Corruption in Latin America: The Role of Investment Arbitration in the Advancement of Democracy) “, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law* (MPIL), 2017.

[Consulta 10 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3052228>>.

FACH GÓMEZ, K. (ed.): *La política de la Unión europea en materia de derecho de las inversiones internacionales = EU policy on international investment Law*, Barcelona, Ed. J.B. Bosch, 2017.

FACH GÓMEZ, K.: “Unión Europea e inversiones internacionales: el futuro de los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado”. *Revista de Derecho Internacional*, vol. 69/1, enero-junio 2017, Madrid, pp.295-302.

FAHEY, E.: “CETA and Global Governance Law: what kind of model agreement is it really in law” en *European Papers*, 2(1), 2017, pp. 293-302. [Consulta 10 de junio de 2018, en línea]. Disponible en <<http://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/ceta-and-global-governance-law-what-kind-of-model-agreement-is-it-really-in-law>>.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “Arbitraje inversor-Estado: De “bella durmiente” a “león en la jungla”. [En línea] en *Revista electrónica de Estudios internacionales, (REEI)N.º 26, 2013*. [Consulta: 8 de marzo de 2018]. Disponible en <<http://www.reei.org/>>.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “El Tratado de Lisboa y el futuro de los acuerdos de promoción y protección de inversiones en Europa” en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (eds.): *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 343-350

FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “Hacia la creación de un Tribunal Internacional de Inversiones”. *Diario La Ley*, 2015, Núm.8650, pp. 1-22.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “La incorporación de los ADR al sistema de resolución de controversias sobre inversiones extranjeras” en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2015, Asunción, vol.3, N.º.5, pp. 19-44. [En línea], [consulta 20 de abril de 2018]. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5830188.pdf>>.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: “América Latina y el arbitraje de inversiones ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?”. [En línea] en *Revista de la Corte*

Española de Arbitraje, N.º. 2009, 2009, págs. 13-38. [Consulta: 7 de marzo de 2018]. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=3471>>.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.: “Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional” en *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 5, N.º. 1, 2012, pp. 37-90.

GONZÁLEZ VEGA, J.: “A transparencia e o control democrático na nova xeración de acordos comerciais: a UE ante o CETA e o TTIP” en *Administración & cidadanía: revista da Escola Galega de Administración Pública*, Vol. 12, N.º. 1, 2017, págs. 11-24.

GRILLER, S. *et. al.* (ed.): *Mega-regional trade agreements: CETA, TTIP, and TISA*. International Economic Law, 2017.

HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M.: “El alcance de la competencia exterior europea en materia de inversiones”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 52, Madrid, 2015, pp. 871-907. [Consulta 10 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5311790.pdf>>

HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: “The scope of the EU treaty-making power on foreign investment: between wishful thinking and pragmatism”, *JWIT*, vol. 17, 2016.

HOWSE, R.: *Courting the critics of Investor-State Dispute Settlement: the EU proposal for a judicial system for investment disputes*, pp. 6-7. [En línea], [consulta 20 abril de 2018]. Disponible en < https://cdn-media.web-view.net/i/fjj3t288ah/Courting_the_Criticsdraft1.pdf>.

IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I.: “El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras”. *Colección Arbitraje comercial y de inversión*, Barcelona, ed. Bosch, 2010.

IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I.: “La firma del Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá: un primer y decisivo paso hacia el establecimiento de un renovado marco legal para las inversiones extranjeras en el ámbito europeo y global”. *La Ley Unión Europea*, N.º 42, 2016, pp. 1-9.

- IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I.: “Promoción y protección de las inversiones españolas en el extranjero: los APPRI”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, 2002, pp. 151-184.
- JANSEN CALAMITA, N.: “The challenge of establishing a multilateral investment Tribunal at ICSID”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 32, Issue 3, 1 October 2017, pp. 611–624, [Consulta 10 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en < <https://doi.org/10.1093/icsidreview/six015>>.
- KUNDMÜLLER CAMINITI, F., RUBIO GUERRERO, R.: “El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones”. [En línea] en *LIMA ARBITRATION*. N.º 1 - 2006 Disponible en <http://www.limaarbitration.net/LAR1/franz_kundmuller_caminiti_roger_rubio_guerrero.pdf>.
- MALMSTRÖM, C.:” *Proposing an Investment Court System*”. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/malmstrom/blog/proposing-investment-court-system_en>.
- LEBOULANGER, P.: “L’arbitrage international Nord-Sud”, *Études offertes á Pierre Bellet*, París, Litec, 1991.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. M.: “El Sistema de Tribunales de Inversión. Posibles incompatibilidades con el Derecho europeo”. [En línea] en *Cuadernos Europeos de Deusto*, N.º 57/2017, Bilbao, pp. 29-68. [Consulta 8 de marzo de 2018]. Disponible en <<http://ced.revistas.deusto.es/article/view/1350/1609>>
- PASCUAL VIVES, F. J.: “El futuro del arbitraje de inversión en los acuerdos internacionales celebrados por la Unión Europea”. [En línea] en *Revista Electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 2017, Núm. 33. [Consulta: 7 de marzo de 2018]. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=2177>>.
- PASCUAL, VIVES, F. J.: “Unión Europea e inversiones: mecanismos de solución de controversias”. *Revista española de derecho internacional*, vol. 69, N.º 1, 2017, pp. 287-294.

- PÉREZ PACHECO, Y.: “Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI”. *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 4, N.º 1, 2012, pp. 316-333. [Consulta: 9 de marzo de 2018, en línea]. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4184099&orden=387653&info=link>>.
- PERRONE, N.: “Los tratados bilaterales de inversión y el arbitraje internacional: ¿en dirección al mejor funcionamiento de las instituciones domésticas?”. *Revista de Derecho*, UASB-Ecuador, N.º 17, 2012, pp. 63-88. [Consulta 10 de abril de 2018, en línea]. Disponible en <http://hdl.handle.net/10644/3463> >.
- PINTZLER, P. *et al.*: “Schattenjustiz. Im Namen des Geldes”, *Die Zeit*, N.º 10, 27 February 2014, pp. 15-17.
- PRANTL, H.: Ein heimlicher Staaatstreic, in: *Süddeutsche Zeitung*, 10. Mai, p. 13
- REINISCH, A.: “Will the EU proposal concerning an investment court system for CETA and TTIP lead to enforceable awards? - the limits of modifying the ICSID Convention and the nature of investment arbitration”, *Journal of International Economic Law*, 2016, 19, pp. 761-786. [Consulta 5 de junio de 2018, en línea]. Disponible en <https://doi.org/10.1093/jiel/jgw072>>.
- RODRÍGUEZ VICENTE, M.: “¿Es necesario un Tribunal Multilateral de Inversiones?”. [En línea] en *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, N.º 3086 (Del 1 al 30 de abril 2017), 2017, pp. 11-30. [Consulta: 9 de marzo de 2018]. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6049630&orden=0&info=link>>..
- SARDINHA, E.: “The new EU-Led approach to investor-State arbitration: the investment Tribunal in the Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA) and the EU-Vietnam free trade agreement” en *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 32, Issue 3, 1 October 2017, pp. 625–672. [Consulta 16 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <https://doi.org/10.1093/icsidreview/six019>>.
- SCHACHERER, S.: “Independence and impartiality of arbitrators”, *International investment law and the rule of law*, Department of European, International and Comparative Law, Universität Wien, 2018, p. 17. [Consulta 10 de junio de 2018,

en línea]. Disponible en https://eur-int-comp-law.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_deicl/VR/VR_Personal/Reinisch/Internetspublikationen/Schacherer.pdf>.

SCHILL, S.: “Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and its significance of the role of arbitrator”. *Leiden Journal of International law*, 23 (2010): pp. 401-430.

SEGURA SERRANO, A.: “El Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y CANADA (CETA). Una evaluación de la política comercial de la UE “. [En línea] en *Revista electrónica de estudios internacionales* (REEDI), 2015, N.º 30, pp.1-22. [Consulta: 9 de marzo de 2018]. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5335862.pdf>>.

SERRANO LEAL, C.: “La verdad sobre el CETA: ¿en qué consiste realmente el acuerdo económico y comercial entre la UE y Canadá?” en *ARI 72/2016 - 10/10/2016*, pp. 1-9. [Consulta 18 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/economia+internacional/ari72-2016-serranoleal-verdad-sobre-ceta-en-que-consiste-realmente-acuerdo-economico-comercial-ue-canada>.

TAMBURINI, F.: “Historia y destino de la doctrina Calvo. ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?”, *Revista de estudios Histórico-Jurídicos* (Escuela de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso), vol. 24, 2002, pp.81-101.

TITI, C.: “Procedural multilateralism and multilateral investment court” en Forthcoming, FAHEY, E. (ed.): *Institutionalisation Beyond the Nation State: Transatlantic Relations – Data Privacy and Trade Law*, Springer (2017/2018). [Consulta 20 de abril de 2018, en línea]. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2971887_code2458582.pdf?abstractid=2971887&mirid=1>.

Acuerdo Económico Comercial y Global (AECG, CETA por sus siglas en inglés). [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_es.htm>.

Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá, ICEX, [consulta 15 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <<http://www.comercio.gob.es/es-ES/comercio-exterior/politica-comercial/relaciones-bilaterales-union-europea/america/Documents/171101%20-%20FICHAS%20CETA.PDF>>.

Comisión Europea-Comunicado de prensa, La Comisión Europea propone la firma y la celebración del Acuerdo comercial entre la UE y Canadá, Estrasburgo, 5 de julio de 2016. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2371_es.pdf>.

Comisión Europea-Comunicado de prensa, La Comisión propone un nuevo Sistema de Tribunales de Inversiones para la ATCI y para otras negociaciones comerciales y de inversión de la UE. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_es.htm>.

Comisión Europea-Comunicado de prensa conjunto- Bruselas, 20 de abril de 2017. [Consulta 7 de marzo de 2018]. Disponible en <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3121_es.pdf>.

Comisión Europea, hoja informativa, Un futuro tribunal multilateral de inversiones, Bruselas, 13 de diciembre de 2016. Disponible en <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-4350_es.pdf>.

COM (2017) 493 final, Consejo, Decisión del Consejo por la que se autoriza la apertura de negociaciones sobre un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0493&from=ES>>.

Comunicado de prensa n.º 26/18, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Luxemburgo, 6 de marzo de 2018, Sentencia en el asunto C-284/16 *Slowakische*

Republik/Achmea BV, [consulta 10 de junio de 2018, en línea]. Disponible en <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-03/cp180026es.pdf>>.

Communication from the Comission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Commitee of the Regions, Towards a comprehensive European international investment policy, COM (2010)343 final, Brussels, 7.7.2010. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0343:FIN:EN:PDF>>.

Concept paper, Investment in TTIP and beyond – the path for reform. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF>.

Consejo de la Unión Europea, Instrumento interpretativo conjunto sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros, 27 de octubre de 2016. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/es/pdf>>.

Consejo Europeo, Declaración [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13463-2016-REV-1/es/pdf>>.

Council Decision on the signing, on behalf of the Union, and provisional application of the Strategic Partnership Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Canada, of the other part, Brussels, 13 September 2016. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5367-2016-INIT/en/pdf>>.

Council of European Union, Press release, EU-Canada trade agreement.: Council adopts decisión to sign CETA, 28 October 2016. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <<http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/10/28/eu-canada-trade-agreement/pdf>>.

Council Decision (EU) 2017/38 of 28 October 2016 on the provisional application of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part.

[Consulta 10 de junio de 2018, en línea]. Disponible en <<https://eur-lex.europa.eu/eli/dec/2017/38/oj>>.

Declaración Conjunta UE y Canadá [En línea], [Consulta 7 de marzo de 2018]. Disponible en <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/es/pdf>>.

ECLI:EU:C: 2016:992. Solicitud de dictamen por la Comisión Europea, Dictamen 2/15, [consulta 10 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=186494&pageIndex=0&doclang=ES>>.

ECLI:EU:C: 2014:2303. Dictamen 1/13 del Tribunal de Justicia (Gran Sala), 14 de octubre de 2014, [consulta 10 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=158600&doclang=ES>>.

ECLI:EU:C: 2017:376. Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia (pleno) de 16 de mayo de 2017, [consulta 10 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190727&doclang=ES>>.

European Comission, *Consultation Strategy Impact Assessment on the Establishment of a Multilateral Investment Court for investment dispute resolution*. Consultation Strategy Impact Assessment on the Establishment of a Multilateral Investment Court for investment dispute resolution [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/october/tradoc_154997.pdf>.

European Comission, Establishment of a Multilateral Investment Court for investment dispute resolution. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <http://ec.europa.eu/smart/regulation/roadmaps/docs/2016_trade_024_court_on_investment_en.pdf>.

European Commission - Fact Sheet. A future multilateral investment court, 13 December 2016. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-16-4350_en.htm>.

European Commission, Guide to the Comprehensive Economic and Trade Agreement, July 2017. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc_156062.pdf.

European Commission, *The Multilateral Investment Court project*. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1608>.

European Commission, Trade for all-Towards a more responsible trade and investment policy. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153846.pdf.

Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la aplicación provisional del Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, COM/2016/0470 final - 2016/0220 (NLE). [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0470>.

Public consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc_152280.pdf.

Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de julio de 2015, que contiene las recomendaciones del Parlamento Europeo a la Comisión Europea relativas a las negociaciones de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ACTI). [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0175+0+DOC+XML+V0//ES>.

Solicitud de Dictamen presentado por el Reino de Bélgica ante el Tribunal de Justicia. Dictamen 1/17, (2017/C 369/02). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62017CU0001&from=ES>.

Documentos de prensa

“Alemania da un sí condicionado a Canadá”, Diario EL PAÍS de 15 de octubre de 2016. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <https://elpais.com/internacional/2016/10/15/actualidad/1476547227_080582.html>.

“Bruselas rectifica y permite que el TTIP canadiense pase por los estados miembros”, Diario PÚBLICO de 5 de julio de 2016. [Consulta 25 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <<http://www.publico.es/internacional/bruselas-rectifica-y-permite-ttip.html>>.

“CETA. 9 aspectos esenciales que se deben conocer”, *Global Politics and Law*, 23 de junio de 2017. [Consulta 10 de junio de 2018, en línea]. Disponible en <<https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/06/23/ceta-parlamento-espanol-aspectos-basicos/>>.

“El Parlamento valón respalda el acuerdo comercial entre la UE y Canadá”, Diario EL PAÍS de 29 de octubre de 2016. [Consulta el 12 de mayo de 2016, en línea]. Disponible en <https://elpais.com/internacional/2016/10/28/actualidad/1477664163_450055.html>.

“El veto del Parlamento valón bloquea el acuerdo UE-Canadá”, Diario EL PAÍS de 15 de octubre de 2016. [Consulta 12 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <https://elpais.com/internacional/2016/10/14/actualidad/1476444653_437700.html>.

“La abogada general del Tribunal de la UE pone nuevos límites a tratados como TTIP y CETA”, Diario PÚBLICO de 22 de diciembre de 2016. [Consulta 25 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <<http://www.publico.es/internacional/abogada-general-del-tribunal-ue.html>>.

“La justicia europea rechaza los tribunales de arbitraje para conflictos bilaterales en la UE”, Diario EL PAÍS, 6 de marzo de 2018, [consulta 10 de junio de 2018, en línea]. Disponible en <https://elpais.com/economia/2018/03/06/actualidad/1520355540_345183.html>.

“Los fondos extranjeros reclaman 7566 millones por las primas de las renovables”. Diario EL PAÍS, 10 de noviembre de 2017, [consulta 10 de mayo de 2018, en línea].

Disponible en <
https://elpais.com/economia/2017/11/10/actualidad/1510308759_155521.html>.

“Los recelos sobre el arbitraje de inversiones”. Diario CINCO DÍAS, 8 de junio de 2018, [consulta 12 de junio de 2018, en línea]. Disponible en <https://cincodias.elpais.com/cincodias/2016/12/07/economia/1481128349_743128.html>.

“Tribunal de Justicia europeo: límites a los Acuerdos de Libre Comercio (y al TTIP y CETA)”, *Global Politics and Law* de 16 de mayo de 2017 [Consulta 10 de junio de 2018, en línea]. Disponible en <<https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/05/16/tribunal-justicia-europeo-limites-libre-comercio-ttip-ceta/>>.

Fuentes estadísticas.

TNI, Transnational Institute [consulta 15 de mayo de 2018, en línea]. Disponible en <https://www.tni.org/files/publication-downloads/isds_en_numeroses2017.pdf>